Die Eigentumsübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung, mit besonderer Berücksichtigung des Verkaufes unter Eigentumsvorbehalt.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walter Siemers
Rechtsanwalt aus Hamburg

Marburg 1932

Druckerei K. Euker, Marburg

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 21. November 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: Die wirtschaftliche Bedeutung der aufschiebend bedingten Übereignung. 11

I. Grundsätze und Rechtsbegriffe beim bedingten Rechtsgeschäft. 13–35

1. Die Wirkung des Rechtsgeschäftes ist von der Bedingung abhängig, nicht das Rechtsgeschäft selbst. 13

2. Der Unterschied zwischen „nichtig" und „unwirksam", zwischen „gültig" und „wirksam". Die Bedingung betrifft die Wirksamkeit, nicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. 14

3. Die Anwartschaft. 22

4. Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei bedingten Rechtsgeschäften. 29

II. Die unbeschränkte Zulässigkeit der bedingten Übereignung. . . . . 36—38

III. Die juristische Form der bedingten Übereignung. . . . 39—55

1. Es kommen die Grundsätze der unbedingten Übereignung zur Anwendung. 39

2. Die vier verschiedenen Formen der bedingten Übereignung: 39

a) § 929, S. 1 BGB.

Der Besitzerwerb muß unbedingt erfolgen. . .

Der bedingt Übereignende ist während der Schwebezeit mittelbarer Besitzer. 40

b) § 929, S. 2 BGB. 42

c) § 930 BGB.

Darf auch das Besitzkonstitut bedingt werden?

Die Übereignung unter der Bedingung des eigenen Eigentums- oder Besitzerwerbes. 43

d) § 931 BGB.

Auch der Herausgabeanspruch kann unter einer Bedingung abgetreten werden. 51

IV. Die Verfügung des bedingten Erwerbers. . . . . 55—70

1. Die Übertragung der Anwartschaft ist unzulässig. . 55

Die Anwartschaft ist vererblich. 55

2. Die Verfügung des bedingten Erwerbers ist eine selbständige bedingte Übereignung. 59

Mehrere Verfügungen des bedingten Erwerbers, die untereinander nicht im Einklange stehen. 63

V. Der gutgläubige Erwerb. . . . . 70—74

VI. Der Gefahrübergang beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. (§ 446 BGB.) . . . . . 74—76

Seite

VII. Ist der bedingt Berechtigte (bedingte Erwerber) Rechtsnachfolger des bedingt Verfügenden im Sinne des § 325 ZPO.? . . . . . 76—80

Anhang: Die auflösende Bedingung. 79

VIII. Ist die bedingte Übereignung bereits eine Erfüllung des unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Kaufvertrages? . . . . . 81—96

1. § 17 KO. 81

2. § 4 und § 28 VO. 90

3. §§ 323 ff. BGB. (nachträgliche Leistungsunmöglichkeit.) 92

Schlußwort. 97

Literaturverzeichnis.

Brecht: Bedingung und Anwartschaft. (Das aufschiebend bedingte Eigentum, seine Bestellung, Weiterübertragung und Pfändung.) In Jher. Jahrb., Bd. 61, S. 263—342.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Bing: Vollstreckung in dem Schuldner nicht gehörige Sachen. In Recht 1907, S. 1247 ff.

Baumbach: Taschenausgabe der neuen Zivilprozeßordnung. 6. Aufl., Berlin 1931.

Corpus Iuris Civilis: Editio stereotypa octava, Volumen primum Digesta recognovit Mommsen, Berlin 1898.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 7. Aufl., Jena 1922. Bd. II, 1: Sachenrecht, Recht der Wertpapiere. 7./8. Aufl., Jena 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Einleitung und Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902; II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse und Allgemeiner Teil. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. I: Allgemeine Lehren, 1. Aufl., Halle 1902; Bd. II, 2: Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Halle 1915; Bd. III: Sachenrecht, 4. Aufl., Halle 1908.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. IV, 3. Aufl.. Mannheim--Berlin-Leipzig 1932. Bd. V, 1. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Eccius: Die eventuelle Aufrechnung. In Gruchot, Bd. 42, S. 15—38.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Berlin 1903. Bd. II, 1: Sachenrecht, 8./9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, Einleitung, Allgemeiner Teil (Enneccerus). 35./38. Aufl., Marburg 1931; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus). 31./35. Aufl., Marburg 1930; Bd. III: Das Sachenrecht (Wolff). 9. Bearb., Marburg 1932; Bd. IV: Familienrecht (Kipp und Wolff). 7. Bearb., Marburg 1931.

— Über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. Göttingen 1871.

— Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.

Flatau: Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, ein Beitrag zu ihrer theoretischen und praktischen Durchführbarkeit. Berlin 1909.

Flechtheim: Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung. In Rh.A. (1908) Bd. 104, S. 275—291.

— Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. In JW. 1911, S. 345 ff.

Fromherz: Pfändung bei Möbelleihvertrag. In ZZ. Bd. 38, S. 49 ff. und in ZZ. Bd. 39, S. 400 und 469 ff.

— Vollstreckungsarten bei Leihmöbeln. In JW. 1913, S. 574 ff.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung f. d. Deutsche Reich. In Fortführung des von L. Gaupp begründeten Kommentars erläutert von F. Stein. Bd. I u. II, 14. Aufl. von Jonas. Tübingen 1929.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, II. Bd.: Sachenrecht, Leipzig 1905.

Hein: Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl., Hannover 1914.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil, Leipzig 1912.
Hoeniger: Reform der Sicherungsübereignung. In Magazin der Wirtschaft. Berlin Nr. 1 vom 3. Januar 1930.
Jacobi: In JW. 1930, S. 331 ff.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. Bd. I, 6. u. 7. Aufl., Berlin und Leipzig 1931.
Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (BGB. § 455). Leipzig 1910.
Kiesow: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. 4. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Kipp: Siehe bei Windscheid und Enneccerus.
Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Kleinrath: Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae im Konkurse. In L. Z. 1910 (Bd. 4), Sp. 126 ff.
Kluckhohn: Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. In Jher. Jahrb., Bd. 64, S. 114—144 (1914).
Kuhnt: Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers. Berlin, Franz Vahlen, 1913.
— Nochmals zur Konkurrenz der Hypothekengläubiger und Vermieter bei der Pfändung von Leihmöbeln. In JW. 1913, S. 191 ff.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
— Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. In Jher. Jahrb. Bd. 41, S. 1—67 (1900).
— Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl., Berlin 1926.
— Allgemeines Schuldrecht des BGB. In Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, begründet von Binding, herausgegeben von Oetker. (X, 2, I) München und Leipzig 1929.
Liebrecht: Ein Beitrag zur Frage betreffend die Pfändbarkeit der sogenannten Leihmöbel. In KGBl. 1905, S. 13—17.
Lubowski: Eigentumsvorbehalt. In ZBlFG. 9, 68 ff.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Martinius: Die Vorbehaltszahlung. In Gruchot Bd. 47, S. 760—780.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I: Allg. Tl.; Bd. II: Schuldverhältnisse; Bd. III: Sachenrecht; Bd. V: Erbrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Bd. I und II, 4. Aufl., Berlin 1905.
Nußbaum: Die Pfändbarkeit der sogenannten „Leihmöbel". In KGBl. 1904, S. 53 ff.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. I. Buch: Allg. Tl., 3. Aufl. 1927; II. Buch: Recht d. Schuldverhältnisse, 2. Abtl., 5. Aufl. 1929.
— Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers. In L. Z. 1927, S. 9—16.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. I: Allg. Tl., 4. Aufl., Berlin 1913; Bd. II, 2: Schuldverhältnisse. Besonderer Teil, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928; Bd. III: Sachenrecht. 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Auftrage des Reichsjustizamts. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse; Bd. III: Sachenrecht. Guttentag, Berlin 1898.

Pudor: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? In JW. 1905, S. 314 ff.

Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. In JW. 1908, S. 395 ff.

Raape bei Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 2. Abtlg.: Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Halle 1915.

Reichel: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb. In Grünhut Bd. 42, S. 173 bis 262 (1916).

RGR.-Komm.: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten des Reichsgerichts. Bd. I: Allg. Tl.; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse; Bd. III: Sachenrecht; 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilzahlungs-Finanzierung. Berlin 1930.

v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl., Berlin 1901.

Schlotter: Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Verkäufers. In L. Z. 1911 (Bd. 5), Sp. 49 ff.

Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl., München und Leipzig 1926.

Staub: Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. III, 12./13. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.

v. Staudinger: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. I: Allg. Tl., 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1925; Bd. II, 2. Tl.: Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1928; Bd. III, 1 Tl.: Sachenrecht. 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1926.

Sternberg: Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Konkurse des Verkäufers. In JW. 1913, S. 851 ff.

Stintzing: Die Übertragung beweglicher Sachen nach deutschem bürgerlichem Recht unter Heranziehung des gemeinen und römischen Rechts. Leipzig 1911.

Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis. II. Teil, 3. Aufl., Berlin 1902.

Strohal: Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung. In „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht, H. Degenkolb dargebracht." (Festgabe für Degenkolb.) Leipzig 1905.

Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? In Bürg. A. Bd. 20, S. 240—251.

Tölke: Der sogenannte Möbelleihvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Durchführung der Zwangsvollstreckung bei demselben. Diss., Greifswald 1910.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914; Bd. II, 2. Hälfte (zit. Bd. III), München und Leipzig 1918.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1930; Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1930.

v. Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl., Berlin, Vahlen 1906.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Dr. Theodor Kipp, Frankfurt a. M., 1906.

Wolff bei Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III: Das Sachenrecht, 9. Bearbeitung. Marburg 1932.

Zeitschriften.

Bürg. A. = Archiv für Bürgerliches Recht, hrsg. von Kohler, Ring und Oertmann. Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Berlin, Verlag von Franz Vahlen.

Grünhut = Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut.

Jher. Jahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, hrsg. von Strohal und Ehrenberg. Jena, Verlag von Gustav Fischer.

JW. = Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwalt-Vereins.

KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

L.Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, gegründet von Düringer, Jaeger und Koenige.

Mag. d. Wirtsch. = Magazin der Wirtschaft. Berlin.

OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig, Verlag von Veit & Comp.

Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand. Hannover, Heilwingsche Verlagsbuchhandlung.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rh.A. = Rheinisches Archiv für Zivil- und Strafrecht. Hrsg. von Mitgliedern der Oberlandesgerichte Cöln und Düsseldorf.

Seuff.A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Warn. Rspr. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Leipzig, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung.

ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, hrsg. von Lobe und Schmidt. Leipzig, Verlag von Th. Weicher.

ZZ. = Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch. Berlin, Carl Heymanns Verlag.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0111

Die wirtschaftliche Bedeutung der aufschiebend bedingten Übereignung.

Der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt — der häufigste Fall eines unter einer Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäftes — hat in den letzten Jahren und ganz besonders auch in der jüngsten Zeit im Wirtschaftsleben außerordentlich an Bedeutung gewonnen. Während dieses Rechtsinstitut des § 455 BGB. früher hauptsächlich beim Einzelverkauf an das Publikum, und zwar meist an das minderbemittelte Publikum, angewandt wurde, worauf der sogenannte „Möbelleihvertrag" hinweist, so hat der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt in der neueren Zeit auch auf andere Wirtschaftsgebiete übergegriffen und ist im Großhandel, so z. B. beim Verkauf von Maschinen oder bei der Lieferung großer Warenbestände an Händler oder Handelsgesellschaften als Sicherungsmittel beliebt geworden. Diese Tatsache muß als Folge des Krieges und der durch den Krieg hervorgerufenen wirtschaftlichen Not und Unsicherheit angesehen werden: die Lieferanten haben mit dem früher üblichen Kreditverkauf selbst bei großen und gut fundierten Handelsgesellschaften, die unversehens in Konkurs gerieten, trübe Erfahrungen gemacht, weil sich meist im Konkurse herausstellte, daß die von den Lieferfabriken gelieferte Ware im Wege der Sicherungsübereignung in das Eigentum einer Bank gelangt war, was zur Folge hatte, daß die Bank aus der Ware für ihre Forderungen volle Deckung erhielt, während die Lieferfabrik mehr oder weniger leer ausging. Da nun aber mit Rücksicht auf die angespannten Geldverhältnisse auf eine Kreditgewährung nicht verzichtet werden kann, so blieb für die Lieferfabriken als bestes Schutzmittel gegen die unliebsame Sicherungsübereignung: der Verkauf unter der Bedingung, daß die Ware bis zur restlosen Bezahlung des Kaufpreises im Eigentum des Lieferanten bleibt.

Dieser Weg, die Kaufpreisforderung dinglich zu sichern, wird daher allgemein gewählt. So hat z. B. gerade in letzter Zeit — wie die Zeitungen vor kurzem berichteten — die Textilindustrie den Eigentumsvorbehalt generell in ihre Lieferbedingungen aufgenommen, und es steht zu erwarten, daß sich der Textilgroßhandel zu einem solchen Vorgehen ebenfalls bald entschließen wird. In diesem Zusammenhang genügt es, noch zu erwähnen, daß sich durch die Erhebungen der Industrie- und Handelskammer Berlin[1]) die Ausbreitung des Eigentumsvorbehaltes statistisch nachweisen läßt.

Eine absolute Sicherheit gewährt allerdings auch der Eigentumsvorbehalt nicht. Einerseits schon aus vielen praktischen Grün-

[1]) Siehe Hoeniger „Reform der Sicherungsübereignung" in Magazin d. Wirtschaft, Berlin, Nr. 1 v. 3. Jan. 1930 und Rühl S. 1 und insbesondere S. 19—21, wo Einzelheiten angegeben sind (auch über das Ausland).

den nicht -- Schwierigkeit, die Identität der gelieferten mit der im Konkurse noch vorhandenen Ware nachzuweisen, und anderes mehr — und dann aber auch aus juristischen Gründen, weil über das Wesen eines nach § 455 BGB. erfolgten Verkaufes und über die Rechtsfolgen unter den Juristen keine Einigkeit herrscht. Verschiedenheit der Ansichten gibt es zwar auf den meisten Rechtsgebieten, doch im vorliegenden Falle besteht noch die Besonderheit, daß die Uneinigkeit weniger auf einer verschiedenartigen Auffassung der Grundbegriffe des bedingten Rechtsgeschäftes — Bedingung, Anwartschaft, Wirkung des Eintrittes der Bedingung — beruht, als vielmehr in einer mangelnden Konsequenz bei der Anwendung dieser Grundbegriffe auf den Spezialfall der bedingten Übereignung und in dem Versuche, die einzelnen Fragen lediglich nach den Spezialvorschriften zu lösen, nicht aber nach den für das bedingte Rechtsgeschäft grundlegenden Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB.

Mi der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, die mit dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt oder allgemeiner mit der bedingten Übereignung zusammenhängenden Probleme einheitlich nach dem in den §§ 158 ff. BGB. enthaltenen System zu lösen, in der Hoffnung, die auf diesem Rechtsgebiete vorhandenen Unklarheiten und Widersprüche ein wenig zu beseitigen. Um dies aber zu ermöglichen, um also die in den §§ 158 ff. gegebene Grundlage zu finden, ist es nötig, zunächst noch den Spezialfall des bedingten Rechtsgeschäftes, nämlich die bedingte Übereignung, beiseite zu lassen und ganz allgemein das Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes zu betrachten, um sodann die gefundenen Grundsätze auf den Spezialfall anwenden zu können.

I. Grundsätze und Rechtsbegriffe beim bedingten Rechtsgeschäft.

1. Die Wirkung des Rechtsgeschäfts ist von der Bedingung abhängig, nicht das Rechtsgeschäft selbst.

Das Bürgerliche Gesetzbuch, dem das Prinzip der Vertragsfreiheit zugrunde liegt, gestattet im § 158 in Anwendung dieses Prinzips, ein Rechtsgeschäft unter einer Bedingung vorzunehmen, um auf diese Weise den Parteien die Möglichkeit zu geben, künftige Verhältnisse zu berücksichtigen[2]). Dem Rechtsgeschäfte eine Bedingung hinzuzufügen, war zwar auch schon im römischen und im gemeinen Recht erlaubt, doch war infolge der fehlenden Allgemeinbestimmung die Streitfrage entstanden, was denn nun von der Bedingung abhängig sei, ob der W i l l e derjenigen Partei, welche die Bedingung hinzugefügt wissen wollte, oder aber nur das „Gewollte" selbst, also nur die Wirkung des Rechtsgeschäftes[3]). Diese Streitfrage ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Sinne von *Windscheid,* der sich gegen die Ansicht eines „bedingten Willens" ausgesprochen hatte, entschieden worden. Weder der Wille noch auch die Entstehung des Rechtsgeschäftes sollen bedingt sein, sondern — wie § 158 wörtlich hervorhebt — „die von der Bedingung abhängig gemachte W i r k u n g" des Rechtsgeschäftes tritt erst „mit dem Eintritte der Bedingung ein." Die aus diesem Paragraphen abzuleitende Definition muß also dahin gehen, daß die aufschiebende Bedingung die einem Rechtsgeschäfte eingefügte Klausel ist, durch welche der Eintritt der rechtlich gewollten Wirkung von einem objektiv ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Es ist wichtig, den grundlegenden Gedanken des Gesetzes festzuhalten, daß die Hinzufügung einer Bedingung lediglich für die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäftes eine Bedeutung hat, in keiner Weise aber einen Einfluß auf die rechtliche Existenz des Rechtsgeschäftes ausübt; das Rechtsgeschäft selbst ist bereits „vorgenommen", während der beabsichtigte Erfolg dieses Geschäftes noch nicht einzutreten vermag, weil die Parteien den Eintritt des Erfolges vereinbarungsgemäß herausgeschoben und auf diese Weise ein zukünftiges Ereignis bei ihrer jetzigen Willensgestaltung schon berücksichtigt haben.

Diese Auffassung des bedingten Rechtsgeschäftes — daß das Rechtsgeschäft schon vorgenommen ist, also schon existiert und nur die Wirkung, nicht der Wille bedingt ist — wird in der Literatur infolge des klaren Wortlautes des § 158 BGB. allgemein an-

---

[2]) v. Tuhr, Bd. III, S. 271; Dernburg, Bd. I, § 149, S. 447/448; Brecht, S. 264; F. Leonhard, Lehrb., S. 43, B.

[3]) Siehe Windscheid, § 86, der sich gegen die Auffassung eines „bedingten Willens" wendet; ebenso Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 177 ff., insbes. S. 177 und 183 mit eingehender philosophischer Begründung.

erkannt[4]). Wenn nun trotzdem — wie diese Arbeit zeigen wird — in den Einzelfragen erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen, so liegt das daran, daß dieser Grundsatz des bereits fertig abgeschlossenen, also rechtlich existierenden, d. h. gültigen Rechtsgeschäftes mit herausgeschobener Wirkung bei den Einzelfragen nicht konsequent angewandt wird. Inwiefern die Konsequenz fehlt, sei später gezeigt; an dieser Stelle genügt es vorläufig, die Anerkennung des grundlegenden Gedankens festzustellen. Darüber hinaus sei nur noch darauf hingewiesen, daß diese Auffassung des gültigen, aber noch nicht wirksamen Rechtsgeschäftes dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht, welches stets zwischen der Gültigkeit bzw. Nichtigkeit und der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes unterscheidet.

2. *Der Unterschied zwischen „nichtig" und „unwirksam", zwischen „gültig" und „wirksam".*

Auf die Abgrenzung der Begriffe „gültig" und „nichtig", sowie „wirksam" und „unwirksam" muß des Näheren eingegangen werden, weil die Unterscheidung für das Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes von ausschlaggebender Bedeutung ist und weil die Begriffe nicht immer mit der erforderlichen Schärfe auseinander gehalten werden[5]). Die Verwischung der Begriffe ist allerdings zum Teil vom Gesetzgeber selbst verschuldet, indem er — wie an Beispielen zu zeigen ist — es zuweilen an scharfer Abgrenzung fehlen läßt[6]).

Die Worte „nichtig" und „Wirksamkeit" werden zuerst in den §§ 105 ff. benutzt; nach § 105 ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen n i c h t i g, während nach den §§ 108/109 BGB. der von einem Minderjährigen geschlossene Vertrag schon eine gewisse Bedeutung hat und durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters w i r k s a m werden kann. Hier macht also der Gesetzgeber bei Benutzung der Worte „nichtig" und „wirksam" einen deutlichen Unterschied, und man wird hieraus die Definition dahin festlegen können, daß „nichtig" ein Rechtsgeschäft ist, welches überhaupt nicht da ist, also ein „Rechtsgeschäft", welches mangels der nötigen Voraussetzungen — im Falle des § 105 fehlt die Fähigkeit, eine rechtserhebliche Erklärung abzugeben — kein Rechtsgeschäft geworden ist, also überhaupt nicht existiert[7]); es

[4]) Staudinger, § 158 Anm. 6; RGR.-Komm. § 158 Anm. 1; Dernburg, Bd. I, § 155 (S. 459); Motive, Bd. I, S. 255; Manigk, Anwendungsgebiet, S. 290; Thiesing in Bürg. A. 20, S. 243 u. a. m.

[5]) Siehe besonders unten Anm. 18 auf S. 18.

[6]) Siehe unten S. 17/18.

[7]) So auch Endemann, Bd. I, S. 367, 2 und v. Thur, Bd. II, 1, S. 275, 2, S. 276 und S. 280, wo zutreffend „Mangel des Tatbestandes" genannt.

sind eine oder mehrere Willenserklärungen, die rechtlich bedeutungslos sind, also Willenserklärungen, die — übertragen ausgedrückt — ungehört bleiben, als seien sie in einem luftleeren Raum abgegeben. Anders hingegen bei dem Vertrage des Minderjährigen, dessen Willenserklärung nicht wie die des Geschäftsunfähigen einfach bedeutungslos sein soll; die aber andererseits auch nicht sofort zum beabsichtigten Erfolge führt, wohl aber — nämlich im Falle der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter — nachträglich noch zu dem beabsichtigten Erfolge führen kann. Nach § 108 BGB. versteht also der Gesetzgeber unter einem „unwirksamen" Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft, welches zwar existiert, also nicht nichtig ist, aber dessen beabsichtigte Wirkung nur bei Hinzutreten eines weiteren Momentes — hier der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter — eintreten kann.

Man ist versucht, aus dieser Tatsache, daß ein unwirksames Geschäft wirksam werden kann, den Schluß zu ziehen, als wollte das Gesetz das unwirksame Rechtsgeschäft als heilbar ansehen und das nichtige als absolut unheilbar. Diese Unterscheidung, auf die zuweilen hingewiesen wird, u. a. z. B. auch neuerdings von *Geyer* in einem Aufsatze in der Juristischen Wochenschrift[8]), erscheint auch zunächst logisch, da sie davon ausgeht, daß „nichtig" ein stärkerer negativer Grad ist als „unwirksam[9])". Und doch muß diese Unterscheidung als irreführend abgelehnt werden. Auch ein ungültiges, nichtiges Rechtsgeschäft läßt sich nachträglich heilen, wie die Fälle des Schenkungsversprechens (§ 518 BGB.) und des Grundstücksvertrages (§ 313 BGB.) und besonders auch § 141, II BGB., der von der Rückwirkung eines bestätigten nichtigen Vertrages handelt, zur Genüge zeigen. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann also nachträglich geheilt und damit gültig werden[10]), während man bei einem unwirksamen oder noch nicht wirksamen Rechtsgeschäfte gar nicht von einer Heilung sprechen kann und darf, weil es sich hier ja bereits um ein fertiges, abgeschlossenes und gültiges

---

[8]) J. W. 1930, S. 1165, Nichtigkeit und schwebende Unwirksamkeit.

[9]) Siehe auch Crome, Bd. I, S. 347.

[10]) Wenn auch diese „Heilung" streng genommen eine neue Vornahme des Rechtsgeschäftes ist; siehe § 141, I BGB. und für alle Planck, Bd. I S. 228 (III. Abschnitt V, 1 e). Allerdings kann man sagen: das nichtige Rechtsgeschäft kann niemals wirksam werden (außer durch erneute Vornahme), wohl aber das unwirksame Rechtsgeschäft. Das Wirksamwerden ist aber eine Entwicklung, keine Heilung des Rechtsgeschäftes! Vielfach wird es fälschlich als Heilung aufgefaßt, wenn von dem „unheilbaren" nichtigen Rechtsgeschäft als Gegensatz zum Wirksamwerden gesprochen wird. Heilung ist als „Gültigwerden" zu definieren — siehe § 518, II und § 313, S. 2 BGB. —, nicht als Wirksamwerden, weil das unwirksame Rechtsgeschäft schon existiert, schon gültig ist.

Rechtsgeschäft handelt[11]). Gerade aus dieser Überlegung ergibt sich denn auch der wahre Unterschied zwischen gültig und wirksam. Die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes, also diejenigen Tatsachen, die laut gesetzlicher Vorschrift erst das ergeben, was „Rechtsgeschäft" genannt wird[12]), betreffen die Gültigkeit bzw. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes. Wenn nun die Untersuchung ergibt, daß alle Voraussetzungen des betreffenden Rechtsgeschäftes erfüllt sind, daß also das betreffende Rechtsgeschäft gültig ist, so ist damit immer noch nicht gesagt, ob es nun auch die von den Parteien beabsichtigte Wirkung ausübt. Diese Frage hat nichts mehr mit den gesetzlichen Grundlagen des Rechtsgeschäftes zu tun, sondern richtet sich vielmehr nach anderen Tatsachen, die entweder vom Gesetz oder von den Parteien als wirkungshindernd oder wenigstens vorläufig wirkungshindernd angesehen werden.

Zu beachten ist aber, daß unter „Wirksamkeit" nicht irgendeine Wirkung verstanden werden darf, sondern nur die von den Parteien beabsichtigte Wirkung; denn, ob ein Geschäft überhaupt eine Wirkung hat oder nicht, gehört nach Obigem zu der Frage nach der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes, weil nur ein nichtiges Rechtsgeschäft völlig bedeutungslos, also völlig wirkungslos ist. Ein gültiges Rechtsgeschäft muß hingegen irgendeine Wirkung haben[13]), sei es nun eine kleinere Wirkung als von den Parteien gewollt, oder gar eine dem Parteiwillen entgegenstehende Wirkung; z. B. die Wirkung einer Schadensersatzpflicht im Falle einer gutgläubigen oder auch böswilligen Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB.), wo Rechtsbeziehungen zwischen zwei Parteien entstehen, obwohl beide zwischen sich gar keine Beziehungen wollten. Man kann also getrost sagen, daß der Begriff „Wirksamkeit" nur dann das Richtige trifft, wenn man sich vor Augen hält, daß darunter nicht die Wirkung an sich, sondern nur die von den Parteien beabsichtigte Wirkung zu verstehen ist.

Es ist zuzugeben, daß rein sprachmäßig das Wort „unwirksam" so viel bedeutet, wie ohne jegliche Wirkung. Da nun aber ein

---

[11]) Das wird häufig übersehen; sogar von v. Tuhr (Bd. II, 1, S. 274, 1), der sonst scharf zwischen unwirksam und nichtig unterscheidet (S. 273, 275 f. und 280, siehe auch oben Anm. 7 auf S. 14 und unten Anm. 18 auf S. 18); er spricht a. a. O. von einem „unvollendeten oder unfertigen Rechtsgeschäft" bei der Eigentumsübertragung, der noch die Übergabe fehlt, und auch bei einem bedingten Geschäft, wenn die Bedingung noch aussteht. Im ersten Falle liegt zweifellos ein „unfertiges" Rechtsgeschäft vor (es fehlt das Tatbestandsmoment der Übergabe), im zweiten Falle aber ein fertiges Rechtsgeschäft, weil der Eintritt der Bedingung keine Voraussetzung des Rechtsgeschäftes ist.

[12]) z. B. nicht die Genehmigung oder der Eintritt der Bedingung; siehe hierüber unten S. 21.

[13]) F. Leonhard, Wahl bei der Wahlschuld . . . in Jher. Jahrb., Bd. 41, S. 41.

Rechtsgeschäft ohne jegliche Wirkung für die juristische Betrachtung ein Nichts, also ein nichtiges Rechtsgeschäft ist, so würden folglich die Worte „unwirksam" und „nichtig" genau das gleiche bedeuten, und es wäre praktisch, das Wort „unwirksam" abzuschaffen. So aber hat es der Gesetzgeber nicht gemeint; dies wird sofort klar, wenn man beachtet, daß der Gesetzgeber den Begriff „wirksam" nicht rein sprachmäßig versteht, sondern ihn ausdrücklich auf die von den Parteien beabsichtigte Wirkung beschränkt[14]); als Beispiel sei wieder die Vertretung ohne Vertretungsmacht angeführt, wo die „Wirksamkeit" des Vertrages nach § 177 BGB. von der Genehmigung des Vertretenen abhängt, aber nur die von den Parteien gewollte Wirkung. Die sonstige Wirkung des Vertrages, also z. B. die Schadensersatzpflicht nach § 179 BGB. rechnet das Gesetz nicht zu der „Wirksamkeit" des Vertrages, da diese Wirkung unabhängig ist von der Genehmigung des Vertretenen, ja sogar gerade eintritt im Falle der Nichtgenehmigung, also eine Wirkung des „unwirksamen" Vertrages ist.

Durchweg hat sich der Gesetzgeber an die Beschränkung des Begriffes „wirksam" und „unwirksam" gehalten, er hat aber — und dadurch scheint die Verwirrung entstanden zu sein — den Begriff „nichtig" zuweilen benutzt, wo es hätte „unwirksam" heißen müssen[15]), wo nämlich das Rechtsgeschäft eine gewisse, von den Parteien nicht beabsichtigte Wirkung erzielt. In den §§ 116 (Mentalreservation) und 138 (Verstoß gegen die guten Sitten) ist der Ausdruck „nichtig" am Platze, da das betreffende Rechtsgeschäft völlig wirkungslos bleibt; man wende nicht ein, auch im Falle des § 138 könne evtl. Schadensersatz verlangt werden. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig, weil diese Schadensersatzpflicht nicht eine Wirkung des Rechtsgeschäftes ist, wie im Falle des § 179 BGB., sondern die Wirkung einer unerlaubten Handlung[16]), also auf einer völlig anderen Rechtsidee beruht, und zudem nicht immer im Falle des § 138 BGB. eintritt, sondern nur, wenn die besonderen in den §§ 823 ff. BGB. enthaltenen Voraussetzungen vorliegen.

Dagegen hat der Gesetzgeber in dem § 118 BGB. (Scherzerklärung) und in dem § 142 BGB., wonach durch Anfechtung Nich-

---

[14]) Daher ist es im Widerspruche zum Sprachgebrauche des Gesetzes und folglich verwirrend, wenn einige „unwirksam" als Oberbegriff nehmen und „Nichtigkeit" eine Unterart von „Unwirksamkeit" nennen; so z. B. Endemann, Bd. I, S. 366 und dort Anm. 1 und Cosack, Bd. I, S. 155, I, 2 und II (§ 76).

[15]) Und auch umgekehrt, z. B. § 111 und § 925 BGB.; so richtig Enneccerus, Allg. T. § 136 C und § 189 Anm. 3; Crome, Bd. I, S. 347 und Staudinger, Bd. I, S. 406 (III. Abschnitt, Einl. V, E, 2 e).

[16]) Als eines besonderen Tatbestandes; auf diesen Unterschied weisen auch die Motive, Bd. I, S. 217 hin, obwohl sie das nichtige Rechtsgeschäft unzutreffend definieren, siehe Anm. 18 auf S. 18.

tigkeit herbeigeführt wird, den Begriff „nichtig" bei Zugrundelegung obiger Deduktion fälschlich an Stelle von unwirksam benutzt; denn in den Fällen der Scherzerklärung und der Anfechtung wegen Irrtums (§§ 118—120 BGB.) tritt gemäß § 122 eine von den Parteien nicht beabsichtigte Wirkung ein, nämlich eine beschränkte Schadensersatzpflicht. Streng genommen ist nun allerdings das Wort „nichtig" bezüglich der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB.) mit Recht benutzt, da für den Fall der arglistigen Täuschung keine spezielle Schadensersatzpflicht, also keine spezielle Wirkung vorgesehen ist, so daß in folgerechter Anwendung dieses Gedankens das Reichsgericht im Falle einer arglistigen Täuschung die Schadensersatzpflicht nach den §§ 823 und 826 BGB. mit Recht eintreten läßt, gleichgültig, ob nach § 123 angefochten ist oder nicht[17]; denn diese Schadensersatzpflicht ist eben keine Wirkung des gültigen oder durch Anfechtung nichtigen Rechtsgeschäftes, sondern lediglich eine Folge der unerlaubten Handlung.

Es gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, alle Fälle zu untersuchen, in denen die Gültigkeit oder Wirksamkeit eine Rolle spielt; es war nur erforderlich zu zeigen, daß sich der Unterschied beider Begriffe mit absoluter Klarheit aus dem Gesetzbuche ableiten läßt. Die Frage nach der Gültigkeit bezieht sich auf die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes, ohne die also von einem Rechtsgeschäft praktisch gar nicht gesprochen werden kann — ein nichtiges Rechtsgeschäft ist ein Phantom —; die Untersuchung der Wirksamkeit hingegen löst die Frage, ob die von den Parteien beabsichtigte Wirkung eingetreten ist oder nicht[18]. Ein unwirksames Rechtsgeschäft setzt demnach in gleicher Weise wie ein wirksames Rechtsgeschäft voraus, daß das Rechtsgeschäft gültig ist, oder mit anderen Worten: ein wirksames Rechtsgeschäft muß auch gültig sein, aber ein gültiges Rechtsgeschäft braucht nicht wirksam zu sein. Daraus aber folgt, daß bei der juristischen Untersuchung die Frage nach der Gültigkeit die primäre Frage ist, während die Frage

---

[17]) Siehe RGR.-Komm. Vorbem. 4 e vor §§ 823 ff. BGB.

[18]) Daher ungenau und den Unterschied von „nichtig" und „unwirksam" verwischend, wenn vielfach —Staudinger, Bd. I, S. 404 (III. Abschnitt, Einl. V. E, 2a); Motive, Bd. I, S. 217; Enneccerus, Allg. T. § 136 C und § 189, I, 4; Endemann, Bd. I, S. 366 — gelehrt wird: nichtig sei ein Rechtsgeschäft, welches die von den Parteien gewollte Wirkung nicht herbeiführe. Ein solches Rechtsgeschäft ist vielmehr nur unwirksam; ein nichtiges Rechtsgeschäft hat überhaupt keine Wirkung (auch keine von den Parteien nicht gewollte Wirkung); so richtig Planck, Bd. I, S. 227 (III. Abschnitt, V); v. Tuhr, Bd. II, 1, S. 273 (aber inkonsequent S. 274, 1; siehe hierüber Anm. 4 auf S. 14); Cosack, Bd. I, S. 144, b (§ 71) und S. 155, I, 1 (§ 76), aber nicht ganz klar, weil er „unwirksam" außerdem noch als Überbegriff nimmt (siehe oben Anm. 14 auf S. 17); Crome, Bd. I, S. 346/347 und auch Enneccerus, Allg. T. § 189, I, 5, a, im Widerspruch zu seinen obigen Zitaten.

nach der Wirksamkeit stets erst dann einen Sinn bekommt, wenn die Frage nach der Gültigkeit im positiven Sinne gelöst worden ist. Die beiden Untersuchungen dürfen nicht miteinander vermengt werden, sie müssen vielmehr zeitlich aufeinander folgen, so daß die sekundäre Frage nach der Wirksamkeit die primäre Frage der Gültigkeit nicht mehr zu beeinflussen vermag. Die einmal festgestellte Tatsache der Erfüllung aller ein Rechtsgeschäft ausmachenden Voraussetzungen, also die festgestellte Gültigkeit, kann nicht mehr durch Tatsachen in Frage gestellt werden, die lediglich die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes betreffen.

Absichtlich wurde den vorstehenden Betrachtungen noch nicht das diese Arbeit interessierende bedingte Rechtsgeschäft zugrunde gelegt, um nicht das Ergebnis von einem Spezialfall zu beeinflussen. Wendet man aber nunmehr das Ergebnis auf das bedingte Rechtsgeschäft an, so zeigt sich, wie gut das aufgezeigte System des Bürgerlichen Gesetzbuches auf dieses Rechtsgeschäft paßt. Die vom Gesetzgeber gewünschte Beschränkung des Begriffes „Wirksamkeit" findet sich gerade in § 158 BGB., dem grundlegenden Paragraphen des bedingten Rechtsgeschäftes, am klarsten ausgesprochen, indem der Gesetzgeber ausdrücklich „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung", also die von den Parteien beabsichtigte Wirkung, erwähnt und überdies im Vordersatz von dem „vorgenommenen" Rechtsgeschäfte spricht, also zeigt, daß bei den §§ 158 ff. BGB. ein vorgenommenes, also fertiges, gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt wird.

Ob ein Rechtsgeschäft gültig ist, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen im Augenblicke der Vornahme des Rechtsgeschäftes gegeben sind[19]). Genau so bei einem bedingten Rechtsgeschäfte, das sich ja von dem entsprechenden unbedingten Rechtsgeschäfte nicht in seinen Voraussetzungen unterscheidet, sondern nur in seiner Wirksamkeit[20]); die Untersuchung der Voraussetzungen ist die gleiche wie beim unbedingten Rechtsgeschäft, so daß es genügt, festzustellen, daß im Augenblicke der Vornahme des Rechtsgeschäftes sämtliche Voraussetzungen, welche die Gültigkeit ausmachen, — Geschäftsfähigkeit, Übereinstimmung der Willenserklärungen, Wahrung der evtl. erforderlichen Form usw. — vorhanden sind. Ergibt sich aber daraus die Gültigkeit des bedingten Vertrages, so tritt die Wirksamkeit dieses Vertrages ein, sobald die Bedingung eintritt, und zwar unabänderlich, gleichgültig, ob die Voraussetzungen dieses bedingten Vertrages, also z. B. die Geschäftsfähigkeit und besonders der beiderseitige Vertragswille, im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung noch vorhanden sind oder nicht. Die Par-

[19]) F. Leonhard, Lehrb., S. 43, V und B; Wahlschuld, S. 54.
[20]) Ähnlich Rühl, S. 196.

teien sind bereits vom Tage des Abschlusses an zwingend an den bedingten Vertrag gebunden[21]).

Das einmal gültige Geschäft bleibt gültig, es sei denn, daß es durch Vertragsvereinbarung rückgängig gemacht wird. Diese Einschränkung ist bei dem unser Recht beherrschenden Grundsatze der Vertragsfreiheit selbstverständlich, aber auch ohne besonderes Interesse; denn das Wichtige ist nur, daß das einmal gültige Rechtsgeschäft nicht durch einseitigen, entgegengesetzten Willen ungültig gemacht werden kann, daß also das einmal gültige Geschäft bei Eintritt der Bedingung auch bei einseitigem, entgegengesetztem Willen wirksam wird. Das Wirksamwerden ist lediglich von dem Eintritt der Bedingung abhängig und dem Vorhandensein der rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, nicht aber davon, daß die Voraussetzungen noch zur Zeit des Eintritts der Bedingung vorliegen. Es liegt genau so wie im Falle des § 130 BGB.: Eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung wird in dem Augenblicke des „Zugehens", des Empfangens nach § 130, II selbst dann wirksam, wenn der Erklärende inzwischen gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, wenn also die Voraussetzungen einer gültigen Willenserklärung im Augenblicke des Wirksamwerdens nicht mehr vorliegen[22]).

Wollte man diese Schlußfolgerung, daß die Voraussetzungen des bedingten Vertrages zur Zeit des Eintritts der Bedingung nicht mehr vorzuliegen brauchen[23]), nicht ziehen, so würde man damit das System des Bürgerlichen Gesetzbuches zerstören, nämlich die strenge Unterscheidung von Gültigkeit und Wirksamkeit, das System des dritten Abschnittes des Allgemeinen Teils. Es ist zu beachten, daß von den sechs Titeln des dritten Abschnittes die ersten drei Titel die Fragen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts und die letzten drei Titel die Frage der Wirksamkeit behandeln. Es ist kein Zufall, daß in den letzten drei Titeln, also in den §§ 158—185, die Worte „nichtig", „gültig" oder ähnliche Ausdrücke kein einzigesmal vorkommen, während die Worte „Wirksamkeit" oder ähnliche Ausdrücke gerade in diesen drei Titeln besonders häufig wiederkehren. Die grundlegenden Voraussetzungen jedes Rechtsgeschäftes finden sich schon in dem ersten und zweiten Titel betreffend die Geschäftsfähigkeit, sowie die Form und den Inhalt einer Willenserklärung; schon im

[21]) Enneccerus, Allg. T. § 185 I 2 und Schuldr. § 118 I, 2, a; v. Tuhr, Bd. III, S. 291, S. 318 und dort Anm. 37; Sohm, § 43, S. 229; Motive, Bd. I, S. 255; Lubowski in ZBIFG. 9, S. 68/69; Brecht, S. 264; Cosack, § 187 (S. 507): Rühl, S. 87 und 195 oben. Siehe auch Anm. 22; a. A.: RG. siehe unten S. 33 f. und widerspruchsvoll Staub, Planck und RGR.-Komm. siehe S. 34 f.

[22]) So schon lex 2 § 5 D de donat. 39, 5 (Julian). (Text der Stelle siehe S. 97.)

[23]) F. Leonhard, Wahlschuld in Jher. Jahrb., Bd. 41, S. 54.

dritten Titel werden nicht mehr allgemeine Voraussetzungen behandelt, sondern der häufigste Spezialfall, nämlich das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag; dieser dritte Titel enthält für den Vertrag besondere Bestimmungen, die aber ebenfalls sämtlich das Zustandekommen des Vertrages, also seine Gültigkeit, betreffen.

In diesen ersten drei Titeln sind die grundlegenden Voraussetzungen einer gültigen Willenserklärung und eines gültigen Vertrages erschöpfend behandelt[24]). Die erwähnte Tatsache, daß in den weiteren Titeln nicht mehr die Rede von Gültigkeit und Nichtigkeit ist, findet ihren Grund darin, daß dort bemerkenswerterweise Tatbestände behandelt werden, die außerhalb derjenigen liegen, welche die Willenserklärung abgeben, also außerhalb der Vertragskontrahenten, bzw. Ereignisse, die erst n a c h dem Vertragsabschluß eintreten[25]). Alles, was aber außerhalb der Vertragskontrahenten liegt oder sich erst nach Vertragsabschluß ereignet, vermag lediglich die Wirksamkeit der Willenserklärung zu beeinflussen, da sinngemäß die Gültigkeit der Willenserklärung nur von bereits gegenwärtigen Ereignissen abhängen kann, sowie auch nur von Tatsachen, die in derjenigen Person begründet liegen, welche diese Willenserklärung abgibt.

Daß in den ersten drei Titeln die Frage der Gültigkeit erschöpfend geregelt sein soll, zeigt auch schon die erwähnte Tatsache, daß der dritte Titel bereits einen Spezialfall, nämlich den Vertrag, behandelt. Beträfe nun der vierte, von der Bedingung sprechende Titel auch noch die Frage der Gültigkeit, so hätte er vor dem dritten Titel stehen müssen, da eine Bedingung jedem Rechtsgeschäfte, nicht nur dem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, zugefügt werden kann.

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist dahin festzulegen, daß die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Bedingung nur auf die Wirksamkeit, nicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes einen Einfluß auszuüben vermag[26]), daß also die Gültigkeit des bedingten Rechtsgeschäftes völlig unabhängig von der Bedingung zu untersuchen ist und dementsprechend die Voraussetzungen, die das Rechtsgeschäft zu einem gültigen machen, nur zur Zeit der Vor-

---

[24]) Die evtl. weiteren Voraussetzungen der Gültigkeit, die bei den einzelnen Verträgen verschieden, also spezieller Natur sind, werden von dem Gesetzgeber erst jeweilig bei Behandlung des betreffenden Vertrages erwähnt.

[25]) Nämlich a) die Bedingung, welche zukünftige Ereignisse berücksichtigt, b) die Vollmacht und die Einwilligung, die seitens einer dritten Person erteilt werden, c) die Genehmigung und die Fälle des § 185, II BGB., wo wiederum eine nachträgliche Wirksamkeit durch zukünftige Ereignisse geschaffen wird, und die daher auch dem Falle der Bedingung besonders ähnlich liegen.

[26]) F. Leonhard, Lehrb., S. 43, B.

nahme des Rechtsgeschäftes, nicht aber mehr im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung vorzuliegen brauchen.

Die praktische Bedeutung dieses Satzes sei an einem Beispiele gezeigt. Bei einem bedingten Verkaufe entsteht die Verpflichtung des Verkäufers, gemäß § 433 BGB. die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, in dem Augenblicke, wo die Bedingung eintritt, gleichgültig, ob der Verkäufer in diesem Augenblicke noch den früheren Verpflichtungswillen hat oder nicht; denn der erforderliche Verpflichtungswille betrifft lediglich die Gültigkeit des Vertrages und braucht daher nur im Augenblicke des Vertragschlusses vorzuliegen, nicht aber mehr bei Eintritt der Bedingung. Der Inhalt des bedingten Vertrages liegt demnach ebenso unabänderlich fest, wie der Inhalt eines unbedingten, sofort wirkenden Vertrages. Der bedingt Verpflichtete ist genau so gebunden wie der unbedingt Verpflichtete, er kann sich ebensowenig nachträglich eines Besseren besinnen[27]), er kann höchstens hoffen, daß die Wirkung des Vertrages nie eintritt, daß nämlich die Bedingung ausfällt.

Der Unterschied zwischen dem bedingten und unbedingten Rechtsgeschäfte liegt nicht in stärkerer oder schwächerer Gebundenheit, sondern lediglich in der Wirkung, die bei dem unbedingten Rechtsgeschäfte sofort eintritt und bei dem bedingten erst mit Eintritt der Bedingung, also nach mehr oder minder langer Zeit; das bedingte Rechtsgeschäft unterscheidet sich von dem unbedingten einzig und allein durch die Hinzufügung einer Bedingung.

3. Die Anwartschaft.

Bei einem bedingten Rechtsgeschäfte entsteht, weil es einerseits bereits vorgenommen und gültig ist, andererseits aber die beabsichtigte rechtliche Wirkung noch ausgesetzt ist, bis zum Eintritt der Bedingung eine ungewisse Zeit, in der keiner der Beteiligten weiß, ob ihm Pflichten erwachsen oder Rechte entstehen werden. Aber nicht nur der Laie fühlt sich bei diesem Schwebezustand unsicher, auch der Jurist ist sich über die Struktur dieser Zwischenzeit nicht im klaren. Juristisch läuft diese Ungewißheit darauf hinaus, ob man das zwischen den Parteien vereinbarte „bedingte Recht" schon als Recht ansehen darf oder nur als Aussicht, wie die Aussicht des Erben, oder etwa als ein dazwischen liegendes, nicht recht definierbares Gebilde.

Im allgemeinen wird die Bezeichnung „Anwartschaft" gewählt, und es scheint mir praktisch, bei dieser Benennung zu bleiben, schon mit Rücksicht darauf, daß dieses Wort durch häufigen Ge-

---

[27]) Brecht, S. 264; Sohm, § 43, S. 229; Enneccerus, Allg. T. § 185 I, 2; Cosack, § 187 (S. 507).

brauch eine Existenzberechtigung bei den Juristen erworben hat, und dann auch mit Rücksicht darauf, daß es alle bedingten Rechtsgeschäfte, die obligatorischen wie auch die dinglichen umfaßt. Aus diesem Grunde möchte ich auch die Auffassung von *Enneccerus*[28]), „die Anwartschaft als eine Unterart der Erwerbsberechtigung" anzusehen, ablehnen, da m. E. dieses Wort in bestimmter Richtung festlegt und dadurch einseitig wirkt; es paßt mehr auf obligatorische Rechtsgeschäfte, weniger auf dingliche Rechtsgeschäfte, bei denen man kaum von einer Berechtigung, sondern meist von einem Recht sprechen wird.

Wenn im vorigen Abschnitt festgestellt wurde, daß die Gebundenheit bei einem bedingten Vertrage ebenso stark ist wie bei einem unbedingten, und daß keine Möglichkeit gegeben ist, diese Gebundenheit durch eine einseitige Willensänderung zu beseitigen oder abzuschwächen, so ist dadurch schon der Standpunkt zu der Frage, ob die Anwartschaft ein Recht ist, in bejahendem Sinne festgelegt. Die rechtliche Stellung des bedingt Berechtigten[29]) muß ein Recht sein, weil der Vertragskontrahent — falls die Anwartschaft nur eine Aussicht auf einen Rechtserwerb, nur eine tatsächliche Hoffnung wie beim Erben wäre — die Anwartschaft durch einseitigen Willen beseitigen könnte, ohne dadurch irgendwelche für ihn nachteilige Rechtsfolgen hervorzurufen. Weder der gesetzliche Erbe noch der bereits berufene Testamentserbe sind in irgendeiner Form geschützt, wenn der Erblasser ihr Erbrecht schmälert oder gar beseitigt. Anders der Inhaber einer Anwartschaft, der durch positive Gesetzesbestimmungen in der verschiedensten Form und in der nachdrücklichsten Weise geschützt ist. In erster Linie durch die §§ 160 und 162 BGB. in obligatorischer Weise, indem bei nachteiligen Einwirkungen durch den bedingt Verpflichteten ein Schadensersatzanspruch entsteht, bzw. die obligatorischen Beziehungen zwischen den Parteien so angesehen werden, als sei die Bedingung eingetreten, und dann durch § 161 BGB. in dinglicher Beziehung, indem eine nachträgliche Verfügung desjenigen, der schon bedingt verfügt hatte, beschränkt unwirksam ist.

Diese vorläufigen Wirkungen des gültigen bedingten Rechtsgeschäftes sind allein schon weitgehend genug, um die Anwartschaft als Recht ansehen zu können. Denn ein Recht liegt vor, wenn einer

[28]) Allg. T. § 75, IV und dort Anm. 11.

[29]) Ich benutze den Ausdruck „bedingt Berechtigter", weil er sich als Bezeichnung für denjenigen eingebürgert hat, der auf Grund eines bedingten Rechtsgeschäftes einen obligatorischen Anspruch oder ein dingliches Recht erlangen wird; man muß sich aber darüber klar sein, daß er im engeren Sinne nur auf das bedingte obligatorische Rechtsgeschäft, nicht aber auf das bedingte dingliche Rechtsgeschäft, nicht also auf die Verfügungsgeschäfte paßt. So auch Motive, Bd. I, S. 256.

bestimmten Rechtspersönlichkeit in bestimmter Beziehung eine bevorzugte Stellung eingeräumt ist. Diese Voraussetzung ist aber erfüllt, wenn das Gesetz dem bedingt Berechtigten Möglichkeiten in die Hand gibt, die jedem anderen nicht zustehen[30]). Bei der Wirkung der §§ 160 und 161 läßt sich allerdings noch einwenden, daß diese Wirkung nur „im Falle des Eintritts der Bedingung", also noch nicht während der Schwebezeit eintritt. Dieser Einwand versagt aber gegenüber § 162, da dessen Wirkung eintritt, obwohl die Bedingung nicht eingetreten ist bzw. sicherlich nicht mehr eintreten wird.

Ferner werden bedingte Ansprüche im Verkehrsleben und in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen wie bereits bestehende Rechte behandelt, z. B. in dem § 765, II BGB. (Bürgschaft für eine „bedingte Verbindlichkeit"), § 1113 BGB. (Hypothek für eine „bedingte Forderung"), § 1204, II BGB. (Pfandrecht für eine „bedingte Forderung"), sowie im Konkurse bei der Verteilung der Masse (§ 154 K. O.), im Arrestverfahren (§ 916, II ZPO.) und in der Zwangsversteigerung (§ 48 ZVG.).

Diese Tatsache, daß eine Sicherung der Anwartschaft durch Bürgschaft, Pfandrecht, Hypothek oder Arrest möglich ist, läßt sich nur mit dem Vorhandensein eines Rechtes erklären, denn die Aussicht, die Hoffnung eines Erben kann nicht in dieser Weise „gesichert" werden; die Sicherung setzt rein gedanklich ein Recht voraus, das gesichert werden soll. Der Erbe, der seine Aussicht sichern will, muß zunächst einmal einen Erbvertrag schließen, durch den erst ein zu sicherndes Recht entsteht. Am klarsten für die hier vertretene Ansicht ist wohl die in § 48 ZVG. enthaltene Bestimmung, daß „bedingte Rechte wie unbedingte" zu berücksichtigen sind.

Auf Grund all dieser gesetzlichen Bestimmungen, die sich noch um einige vermehren ließen, ist denn auch die herrschende Lehre zu der Überzeugung gekommen, daß die Anwartschaft ein Recht ist[31]). Einige Schriftsteller drücken sich allerdings etwas vorsichtiger aus und wollen die Anwartschaft nicht ein Recht sein lassen, sondern sie nur „wie ein Recht behandeln"[32]) oder nennen es „ein Ding von rechtlicher Konsistenz"[33]). Auch *Staudinger* ist etwas zurückhaltend und spricht von „besonders gesicherter Rechts-

[30]) Ähnlich Flatau, S. 24.

[31]) Cosack, Bd. I, S. 217/218; Dernburg, Bd. I, S. 449, 457/458; F. Leonhard, Lehrb., S. 44, 4; Liebrecht in K.G.Bl. 05, S. 14; Planck, Bd. I, S. 413, 418 (§ 158, 2 und § 160); Fromherz in Z.Z. 39, S. 401, aber nicht einheitlich, siehe etwas anders in J.W. 1913, S. 575/576; siehe auch eingehende Literaturangabe bei Brecht, S. 271 und Rühl, S. 87.

[32]) Enneccerus, Allg. T. § 184, II, 4, § 186 I 2 und auch § 75, 4.

[33]) Windscheid, § 89.

position“[34]), und *Endemann* von „rechtlich gesichertem Tatbestand“[35]). In all diesen Ausführungen liegen aber letzten Endes nur Abweichungen im Ausdruck, keine Abweichungen in der Auffassung. Denn wenn ein Tatbestand „wie ein Recht behandelt“ wird, so hat der Entschluß, diesen Tatbestand ein Recht zu nennen, nur noch die Bedeutung, die Sache im Ausdruck zu vereinfachen.

Brecht hingegen ist ein energischer Gegner dieser herrschenden Lehre, und es ist erforderlich, auf seine ausführliche Begründung[36]) einzugehen. *Brecht* findet die herrschende Meinung unklar und wendet sich besonders gegen *Enneccerus;* dieser Angriff ist vielleicht nicht ganz unberechtigt, da die von *Enneccerus* gewählte Ausdrucksweise, die Anwartschaft sei „das Recht . . . ipso iure zu erwerben“, nicht sehr glücklich ist, weil der tatsächliche Vorgang eines „ipso-iure-Erwerbs“ kein Recht, sondern höchstens die Folge eines Rechtes ist. Trotzdem ist aber *Brecht* entgegenzuhalten, daß diese und ähnliche von *Enneccerus* und anderen Schriftstellern gewählten Wendungen doch höchstens im Ausdruck unklar sind, und es sich daher nicht lohnt, allzu sehr gegen diese Wendungen anzugehen. Und das ganz besonders, wo das Ergebnis der *Brechtschen* Untersuchung kaum klarer ist, als die von ihm angegriffenen Ausdrücke. Die Anwartschaft sei „ein einfacher Wartezustand, der durch das Zusammentreffen einer Reihe von Befugnissen sein charakteristisches Gepräge bekommt, ohne daß doch diese Befugnisse rechtlich aus dem Zustande selbst abgeleitet werden dürfen“[37]). Diese Definition zeigt das Negativum, daß die Anwartschaft kein Recht sein soll, sagt aber nicht, was sie denn nun eigentlich ist: ein Zustand, der durch eine Reihe von Befugnissen sein charakteristisches Gepräge erhält, ist doch nur eine umständliche Umschreibung eines Rechts, die auch nicht durch den Nachsatz — diese Befugnisse seien nicht aus dem Zustande abzuleiten — aus der Welt geschafft wird; denn entweder werden die Befugnisse — alias Rechte — aus dem Zustande abgeleitet, dann bestehen also doch Rechte, oder aber sie werden nicht aus dem Zustande, sondern aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte abgeleitet — irgendwo muß jede Befugnis ihre Ableitung haben —, dann sind diese „Befugnisse“ dasselbe wie der Zustand, der sich ebenfalls aus dem bedingten Rechtsgeschäfte herleitet, und dann ist folglich der Zustand ein Recht oder eine Zusammensetzung aus mehreren Rechten.

---

[34]) Staudinger, Bd. I, S. 657, Nr. 9. (Vorbem. 9 vor § 158.)

[35]) Endemann, Bd. I, S. 384.

[36]) Brecht, S. 269—275.

[37]) Brecht, S. 275.

Brechts Definition muß füglich abgelehnt werden; ebenso aber auch ihre Begründung. *Brecht* legt seinen Ausführungen[38]) einen Spezialfall zugrunde, nämlich den Fall der bedingten Übereignung einer beweglichen Sache. Da nun derselbe Spezialfall den Gegenstand dieser Arbeit bildet, ist es mir besonders wichtig zu zeigen, daß die *Brechtsche* Begründung falsch ist — ganz abgesehen davon, daß *Brecht,* wenn er eine allgemeine theoretische Untersuchung unter dem Gesichtswinkel nur einer von dieser Untersuchung betroffenen Gruppe von Rechtsgeschäften führt, dadurch die Allgemeingültigkeit des Ergebnisses selbst in Frage stellt.

Brecht spricht von drei Wirkungen der bedingten Übereignung:

1. dem künftigen Recht, nämlich dem zukünftigen Eigentum, das aber schon jetzt (vor Eintritt der Bedingung) geschützt sei. Dieses „zukünftige Eigentum" ist die Grundlage seiner ganzen Abhandlung; *Brecht* faßt nämlich das Eigentum an einer Sache nicht als ein unteilbares Ganzes auf, sondern zerlegt es in zeitliche Teile, so daß es bei der bedingten Übereignung einen Eigentumsteil gibt, welcher dem bedingt Übereignenden zusteht, nämlich das gegenwärtige, bis zum Eintritt der Bedingung dauernde Eigentum, sowie einen zweiten Eigentumsteil, nämlich das zukünftige, ab Eintritt der Bedingung wirkende Eigentum, welches dem bedingten Erwerber zufällt.

Diese im Gegensatz zur herrschenden Lehre stehende Konstruktion des in zeitliche Teile zerlegten Eigentums scheint nicht angängig, weil sich das Eigentumsrecht nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches als zeitlich unbegrenztes Verfügungsrecht darstellt, das nur entweder unbegrenzt fortbestehen, aus bestimmten Gründen erlöschen oder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft als Ganzes übertragen werden, nicht aber zum Teil fortbestehen und zum Teil übertragen werden kann. Die bedingte Übereignung ist daher keine Übertragung eines Teils des Eigentums, sondern eine Übertragung des vollen Eigentums von einem bestimmten Termin ab;

2. der Befugnis des Inhabers, schon jetzt (vor Eintritt der Bedingung) über die Sache zu verfügen;

3. dem Recht zum gegenwärtigen Besitz, welches aber nicht in allen Fällen besteht.

Aus diesen drei Wirkungen schließt *Brecht,* daß ein gegenwärtiges Recht nicht vorhanden sei, da Nr. 1 ein zukünftiges Recht sei, Nr. 3 nicht bei allen bedingten Rechtsgeschäften vorliege und Nr. 2 nur eine Verfügung über ein zukünftiges Recht sei, bei der es keiner Hilfskonstruktion eines gegenwärtigen Rechtes als Gegenstandes der Verfügung bedürfe.

---

[38]) S. 273 ff.

Nr. 3 sei als unwesentlich beiseite gelassen; die Begründungen zu Nr. 1 und 2 sind aber selbst unter Zugrundelegung *Brechtscher* Ansichten nicht stichhaltig. Bei Nr. 1 unterschlägt *Brecht* den von ihm selbst angefügten Nachsatz, daß nämlich das künftige Recht „schon jetzt von der Rechtsordnung anerkannt und gegen Gefährdung geschützt[39])" ist; ist es aber schon jetzt anerkannt und geschützt, dann ist dieses „künftige Recht" eben nicht nur ein künftiges, sondern auch schon ein gegenwärtiges Recht. Ebenso bei Nr. 2: ob die Verfügungsbefugnis, welche *Brecht* dem bedingten Erwerber mit Recht zubilligt, ein gegenwärtiges oder ein zukünftiges Recht ist, hängt nicht von dem Gegenstand der Verfügung ab, sondern von der Verfügung selbst; die Verfügung über das künftige Recht ist aber nach *Brecht* „schon jetzt" zulässig, ist also eine gegenwärtige Verfügung und damit ein gegenwärtiges Recht.

All diese Betrachtungen und besonders die oben[40]) erwähnten Gesetzesbestimmungen zeigen zur Genüge, daß man die Anwartschaft ein Recht nennen muß, bzw. eine Zusammensetzung mehrerer Rechte.

Und doch ist mit diesem Ergebnis nicht allzu viel, jedenfalls nicht alles gewonnen, weshalb ich denn auch versucht habe, den Beweis nicht allzu ausführlich, sondern mehr andeutungsweise zu führen. Die Bedeutung dieses Beweises und dieser Auffassung verschwindet nämlich hinter der wichtigeren Tatsache, daß dieses Anwartschaftsrecht absolut nichts mit dem späteren endgültigen Recht zu tun hat. Das endgültige Recht ist bestimmt während der Schwebezeit noch nicht vorhanden, weil es ja die W i r k u n g des bedingten Rechtsgeschäftes ist, also erst mit Eintritt der Bedingung entsteht, wenn auch zwingend entsteht. Die Anwartschaft ist also nicht das zukünftige Recht und auch nicht ein Teil dieses Rechts, sondern es ist ein besonderes, von dem zukünftigen völlig verschiedenes, vorläufiges Recht. Dieses vorläufige Recht deckt sich in allem mit der vorläufigen Wirkung des Rechtsgeschäftes, die schon auf Grund der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes eintritt, während das zukünftige Recht sich mit der endgültigen, von den Parteien beabsichtigten Wirkung deckt. So unabhängig und verschieden die sofortige vorläufige Wirkung von der beabsichtigten evtl. eintretenden vollen Wirkung ist, genau so verschieden und unabhängig ist auch das auf der vorläufigen Wirkung beruhende Anwartschaftsrecht von dem auf der endgültigen Wirkung beruhenden zukünftigen Recht.

---

[39]) S. 273.

[40]) S. 24.

Ob nun dieses zukünftige Recht „sich entwickelt[41])", „sich auswächst[42])" oder „hervorgebracht wird[43])", ist nur ein Unterschied in der bildlichen Ausdrucksweise und ist daher nicht so bedeutungsvoll, daß man es billigen könnte, wenn *Brecht*[44]) sich gegen diese Ausdrucksweise wehrt. Das bleibt letzten Endes ein Kampf um Worte, da das Entscheidende die Verschiedenheit zwischen dem vorläufigen Anwartschaftsrecht und dem endgültigen Recht bleibt oder — wie *Cosack*[45]) die beiden Rechte nennt — zwischen dem „Vorrecht" und dem „Nachrecht". Wenn vielleicht die Ausführungen in der Literatur mißverständlich wirken, so liegt das nicht an der Ausdrucksweise „entstehen", „herauswachsen" usw., sondern daran, daß meist die Vorstellung herrscht, als wüchse das Nachrecht aus dem Vorrecht heraus[46]). Das aber ist falsch. Das Nachrecht wächst aus dem bedingten Rechtsgeschäft heraus, da es ja dessen Wirkung sein soll, nicht aber aus dem Vorrecht, welches selbst nur eine Wirkung des bedingten Rechtsgeschäftes ist. Das bedingte Rechtsgeschäft hat wie jedes gültige, aber noch nicht wirksame Rechtsgeschäft zwei Wirkungen, die voneinander nicht nur sachlich verschieden, sondern auch zeitlich getrennt sind: die vorläufige, allein auf der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts beruhende Wirkung, die Anwartschaft, welche bei Eintritt der Bedingung abgelöst wird durch die auf der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes und dem Eintritt der Bedingung beruhende, von den Parteien beabsichtigte Wirkung, das endgültige Recht. Diese beiden Wirkungen beruhen zwar auf demselben bedingten Rechtsgeschäfte, stehen aber untereinander in keinerlei Beziehung.

Auf dieser Beziehungslosigkeit der beiden Wirkungen beruht es auch, daß die Frage, ob die Anwartschaft ein Recht sei, nicht so wichtig ist, wie es anfangs scheinen möchte. Ein späteres Kapitel dieser Arbeit[47]) wird denn auch zeigen, daß selbst mit der als ein Recht aufgefaßten Anwartschaft nicht allzu viel anzufangen ist, daß es also für die Konstruktion des bedingten Rechtsgeschäftes nur wenig Unterschied macht, ob die Anwartschaft ein Recht ist oder nicht. Es sei nur schon jetzt vorweggenommen, daß ein Anwartschaftsrecht auch praktisch keine großen Vorteile bietet, da

---

[41]) Enneccerus, Allg. T. § 185, I, 2.
[42]) Strohal i. Festg. f. Degenkolb, S. 152/153.
[43]) Emmerich, S. 52, N. 160.
[44]) S. 272/273.
[45]) Bd. I, S. 218.
[46]) So Cosack, Bd. I, S. 218, der es höchst erheblich nennt, daß „das Nachrecht lediglich eine Umbildung des Vorrechts darstellt", ohne jedoch eine Begründung dieser Auffassung zu geben. Ebenfalls Strohal i. Festg. f. Degenkolb, S. 152/153; Enneccerus, Allg. T. § 185 I, 2; Emmerich, S. 52 N. 160 u. a. m.
[47]) Nämlich IV, 1, S. 55 f.

weder die rechtsgeschäftliche Übertragung, also die rechtsgeschäftliche Verwertung, noch auch die Verwertung in der Zwangsvollstreckung den gewünschten Erfolg bringt, und daß daher andere Wege beschritten werden müssen, um dem Cessionar des Anwartschaftsrechts, bzw. dem pfändenden Gläubiger zu der von ihm gewünschten Rechtsstellung zu verhelfen[48]). Das Anwartschaftsrecht genügt aus dem einfachen Grunde nicht, weil dieses Recht nur ein Zwischenstadium bildet, also von vornherein zum Erlöschen bestimmt ist.

Trotzdem mußte auf die Natur der Anwartschaft eingegangen werden, weil wir den Begriff noch öfter brauchen werden.

4. Die Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei bedingten Rechtsgeschäften.

Wenn in den bisherigen Ausführungen festgestellt wurde, daß nicht die Entstehung des Rechtsgeschäftes, sondern nur seine Wirkung bedingt ist, so wird man sich — bei aller Richtigkeit dieses Satzes — doch immerhin vor Augen halten müssen, daß es sehr wohl Tatbestände geben kann, in denen die Entstehung eines Rechtsgeschäftes bedingt erscheint; wenn nämlich nicht das an sich bezweckte Verfügungsgeschäft vorgenommen und dessen Wirkung herausgeschoben wird, sondern die Parteien zunächst nur ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft abschließen. Dieser obligatorische Vertrag wird dann die Verpflichtung enthalten, im Falle des Eintritts der Bedingung das letzten Endes gewollte Verfügungsgeschäft vorzunehmen. Auf diese Weise erscheint die Entstehung eines Rechtsgeschäftes bedingt, allerdings nicht die Entstehung des ersten Vertrages — dieser entsteht sofort und ist nur in seiner Wirkung hinausgeschoben —, sondern die Entstehung des endgültig gewollten Rechtsgeschäftes, welches auf Grund der durch den ersten Vertrag übernommenen Verpflichtungen nach Eintritt der Bedingung abgeschlossen werden muß.

Da nun dieser erste Vertrag nach den früheren Ausführungen gemäß § 158, I BGB. „mit dem Eintritte der Bedingung" ipso iure in Kraft tritt, also ohne jede Einwirkung seitens der Parteien, so erhält zwar der aus diesem Vertrage Berechtigte das von ihm gewünschte Recht, z. B. das Eigentumsrecht, bei Eintritt der Bedingung noch nicht direckt, aber immerhin doch einen obligatorischen Anspruch darauf, daß ein bestimmter, seinem Inhalte nach bereits festgelegter Vertrag abgeschlossen wird.

Im allgemeinen wird diese Möglichkeit bei der die Entstehung des endgültigen Rechtsgeschäftes bedingt ist, praktisch

[48]) S. 59 ff. und S. 68 ff.

denselben Erfolg haben, wie wenn nur die Wirkung dieses Rechtsgeschäftes bedingt wäre, und somit anscheinend nicht mit einem Nachteil für den Berechtigten verbunden sein: z. B. ein bedingter Leihvertrag:

a) Ist ein vollgültiger Leihvertrag durch Hingabe der Sache abgeschlossen und nur die Wirkung herausgeschoben worden, so kann der Entleiher von dem Eintritte der Bedingung ab die geliehene Sache vertragsmäßig gebrauchen;

b) ist dagegen nur ein Verpflichtungsvertrag abgeschlossen, so gibt der Eintritt der Bedingung demjenigen, der die Sache entleihen will, lediglich das Recht, von dem Verleiher zu verlangen, daß ein Leihvertrag bestimmten Inhalts abgeschlossen wird; auf Grund dieses zweiten Vertrages kann er dann die Sache vertragsmäßig gebrauchen. In beiden Fällen also der gleiche Erfolg, nur mit dem Unterschiede, daß der erste Fall für den Entleiher bequemer liegt.

Die Unterscheidung der beiden Möglichkeiten erhält erst praktische Bedeutung in zwei Fällen:

1. einmal, wenn der obligatorische Anspruch auf Abschluß des zweiten Vertrages nicht entstanden ist; z. B. deshalb, weil der Verpflichtungsvertrag auf Grund besonderer Vorschriften nichtig ist, während bei direktem Abschlusse des Verfügungsvertrages dieser gültig gewesen wäre. Wie ersichtlich, liegt diese Konstellation z. B. bei einer bedingten Schenkung vor; denn der Verpflichtungsvertrag, der sogenannte Schenkungsversprechensvertrag, ist bei Nichtbeobachtung der Formvorschriften des § 518 BGB. ungültig, während der direkte Schenkungsvertrag (Verfügung) an keine Formen gebunden ist.

2. Zum andern, wenn der bedingt Verpflichtete vor Eintritt der Bedingung stirbt, geisteskrank wird, in Konkurs verfällt oder auf sonstige Weise in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird. Dann entsteht zwar bei Eintritt der Bedingung die Verpflichtung, den festgelegten Hauptvertrag abzuschließen, aber der bedingt Verpflichtete ist nicht mehr in der Lage, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Wenn auch dadurch der bedingt Berechtigte nicht völlig rechtlos wird, so ist doch immerhin der von ihm gewünschte Erfolg in Frage gestellt, da er sich erst mit dritten Personen, nämlich den Erben, dem gesetzlichen Vertreter bzw. dem Konkursverwalter in Verbindung setzen muß, diese aber gewisse Möglichkeiten haben, sich den Verpflichtungen zu entziehen; es genügt, an das Recht des Konkursverwalters, nach § 17 KO. die Erfüllung gegenseitiger Verträge zu verweigern, zu erinnern, sowie an die Möglichkeit des Erben, seine unbeschränkte Haftung abzuwenden.

Der Unterschied besteht also darin, daß in dem einen Falle ein Verfügungsgeschäft abgeschlossen wird, durch welches

hinsichtlich der rechtlichen Herrschaft über einen Gegenstand eine Rechtsänderung unmittelbar bewirkt wird, also ein „dingliches Rechtsgeschäft[49])"; in dem anderen Falle aber ein Verpflichtungsgeschäft, durch welches lediglich die obligatorische, bedingte Verpflichtung zur Vornahme einer Verfügung begründet wird.

Wenn der Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsgeschäften von der Wissenschaft im Prinzip so streng durchgeführt, dagegen bei den bedingten Rechtsgeschäften im allgemeinen — mit fast alleiniger Ausnahme von *Cosack*[50]) — nicht näher behandelt wird, so liegt das wohl an der erwähnten Tatsache, daß der Unterschied bei einem großen Teil der bedingten Rechtsgeschäfte keine weittragende Bedeutung hat, jedenfalls dann nicht, wenn die Parteien sich darauf verlassen können, daß bei Eintritt der Bedingung die gegenseitigen Verpflichtungen vertragsmäßig erfüllt werden. Das kann aber nicht als Hinderungsgrund angesehen werden, auch bei bedingten Rechtsgeschäften die beiden Arten streng zu unterscheiden.

Das Reichsgericht[51]) sagt: „Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet, wie aus sehr zahlreichen Stellen, z. B. den §§ 135, 137, 161, 184, 1398, 1399, 1444, 1445, 1446 usw., hervorgeht, zwischen der unmittelbaren Verfügung über eine Sache oder ein Recht und der nur vorbereitenden Verpflichtung zur Verfügung über solche Gegenstände". Dieser allgemein für Rechtsgeschäfte aufgestellte Grundsatz muß in gleicher Weise bei bedingten Rechtsgeschäften Anwendung finden, weil sich das bedingte Rechtsgeschäft von dem unbedingten in nichts weiter unterscheidet, als eben in der Hinzufügung einer Bedingung. Das Ergebnis aber ist, daß in dem einen Falle die Verfügung eine gegenwärtige ist und ihr Erfolg daher gleichzeitig mit der Bedingung eo ipso eintritt, während im anderen Falle die Verfügung auf Grund der Verpflichtung erst nach Eintritt der Bedingung vorgenommen wird und somit als zukünftige Verfügung anzusehen ist.

Es gibt nun allerdings Fälle, in denen es zweifelhaft erscheint, welches der beiden Rechtsgeschäfte von den Parteien vorgenommen ist. Bei der Entscheidung solcher Fälle hat man sich zunächst an die tatsächlichen Vorgänge zu halten, nicht an den Willen der Parteien, da im bürgerlichen Recht grundsätzlich das Erklärte gilt, mit der einzigen Einschränkung, daß nicht am buchstäblichen Ausdruck gehaftet werden soll (§ 133 BGB.). Liegen die rechtlichen

---

[49]) F. Leonhard, Lehrb., S. 41.

[50]) Bd. I, S. 565 und Enneccerus, Rechtsgeschäft, 2. Abtlg., Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte, II S. 334 ff. (die Bedingung bei obligatorischen Verträgen) und VI, S. 442 ff. (die bedingte Tradition).

[51]) Bd. 49, S. 416.

Erfordernisse der betreffenden Verfügung vor, so liegt ein Verfügungsgeschäft selbst dann vor, wenn der Verfügende beabsichtigte, ein Verpflichtungsgeschäft vorzunehmen[52]). *Cosack*[53]) gibt folgendes zutreffende Beispiel, bei dem einerseits der Unterschied zwischen einem bedingten Verfügungs- und bedingten Verpflichtungsgeschäft klar in Erscheinung tritt, und das ferner zeigt, daß der Wille der Beteiligten gleichgültig ist, wenn nur die rechtlichen Merkmale der Verfügung vorliegen.

Ein Neffe schuldet seinem Onkel 10000 ℛ*ℳ*; als er beabsichtigt, sich zu verheiraten, macht er seinem Onkel brieflich den Vorschlag, ihm statt eines Hochzeitsgeschenkes die Schuld zu erlassen. Der Onkel antwortet: „Einverstanden, ich erlasse Dir also hiermit Deine Schuld unter der Bedingung, daß Du Erna wirklich noch im Laufe dieses Jahres heiratest." Da eine Schuld gemäß § 397 BGB. durch formlosen Vertrag erlassen wird, so ist dieser Vertrag, ob der Onkel will oder nicht, durch seine briefliche Antwort abgeschlossen und somit eine bedingte Verfügung vorgenommen worden, deren Wirkung mit Erfüllung der Bedingung ipso iure eintritt.

Grundlegend anders sind die rechtlichen Folgen des Briefes, wenn dieser lautet: „Einverstanden, wenn Du Erna wirklich noch im Laufe dieses Jahres heiratest, werde ich Dir Deine Schuld erlassen." Der klare Wortlaut ergibt, daß selbst bei anders gerichtetem Willen des Onkels nur ein Verpflichtungsgeschäft zustande gekommen ist und folglich bei Erfüllung der Bedingung der Neffe nur einen obligatorischen Anspruch auf Abschluß eines Schulderlaßvertrages erhalten würde; allerdings im besagten Falle auch nicht einmal diesen, da das Verpflichtungsgeschäft ein Schenkungsversprechensvertrag war und daher wegen Mangels der Form gemäß § 518 BGB. ungültig. Im zweiten Falle ist also der Neffe darauf angewiesen, daß der Onkel am Tage der Hochzeit die Schuld nochmals erläßt.

In der sonstigen Literatur wird der Unterschied leider nicht so stark herausgearbeitet, wie bei *Cosack* — übrigens bringt auch *Cosack* ihn in dieser Ausführlichkeit nur bei den bedingten Schenkungen —, aber immerhin wird von einzelnen Schriftstellern doch ausdrücklich auf die Unterscheidung hingewiesen; z. B. bei *Ennec-*

---

[52]) Dem Verfügenden bleibt dann nur die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 119 BGB., weil sich Wille und Erklärung nicht deckten; meist wird die Anfechtung allerdings unberechtigt sein, weil wohl in den seltensten Fällen anzunehmen ist, daß der Verfügende „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" die Verfügung nicht vorgenommen haben würde, obwohl er sich dem bedingt Berechtigten gegenüber — wie er selbst zugibt — zu einer späteren Verfügung verpflichten wollte.

[53]) Bd. I, S. 565.

cerus[54]), bei *v. Tuhr*[55]) und bei *Planck*[56]), wobei letzterer allerdings teilweise eine unrichtige Ausdrucksweise wählt; er sagt beim Verfügungsgeschäft richtig: „Die Verfügung ist noch nicht wirksam", dagegen beim bedingten Verpflichtungsgeschäft: „Die Verpflichtung besteht noch nicht"; das ist nicht richtig. da die Verpflichtung schon sofort bei Abschluß des Vertrages entsteht — wie *Planck* auch etwas später selbst zugibt — und genau wie eine bedingte Verfügung nur noch nicht wirksam ist, also noch nicht erfüllt zu werden braucht.

Wie wichtig es ist, bei bedingten Rechtsgeschäften mit absoluter Klarheit zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden, zeigt sich in zwei Reichsgerichtsentscheidungen[57]), die auf diesem Gebiete viel Unordnung angerichtet haben und — obwohl sie energisch bekämpft wurden[58]) — auch jetzt noch immer wieder zitiert werden. Der Fehler beider Entscheidungen beruht wesentlich auf der Verkennung des bedingten Verfügungsgeschäftes, auf einer Verkennung des Gedankens, daß bei einem bedingten Verfügungsgeschäft nicht die Verpflichtung des Kaufvertrages, sondern die Verfügung selbst bedingt ist, daß also bei Eintritt der Bedingung gemäß § 158 BGB. die Verfügung wirksam wird, gleichgültig, ob zu dieser Zeit noch der Wille, eine Verfügung vorzunehmen, vorhanden ist[59]).

Die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 95, S. 105 ff.[60]) gibt nur eine Wiederholung der im Reichsgericht Bd. 64[61]) angeführten Gründe; diese Gründe aber passen lediglich auf ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft, nicht auf ein bedingtes Verfügungsgeschäft[62]). „Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt." Dieser Satz zeigt die völlige Unhaltbarkeit der reichsgerichtlichen Begründung; das Reichsgericht erwähnt selbst im Tatbestande, daß es sich um einen Verkauf unter Eigentumsvorbehalt handelt. Das aber ist ein bedingtes Verfügungsgeschäft, also ein dinglicher Vertrag, der bereits „geschlossen" wird mit Ab-

---

[54]) Enneccerus, Allg. T. § 184. (Auflage 1926).

[55]) v. Tuhr, Bd. III, S. 292.

[56]) Planck, § 160 Anm. 1 und 2 (S. 418), anscheinend auch Motive, Bd. I, S. 259.

[57]) Bd. 64, S. 204 ff.; Bd. 95, S. 105 ff.

[58]) z. B. von Flechtheim in Rh.A. Bd. 104, S. 278 ff.; Oertmann in L.Z. 1927, S. 9 ff.; Lubowski in ZBIFG. Bd. 9, S. 68 ff.; Flatau, S. 39 ff.; Enneccerus, Schuldr. § 118 A 3.

[59]) Siehe oben S. 19 ff.

[60]) Diese Entscheidung ist auch in anderer Hinsicht äußerst angreifbar, wie die Ausführungen auf S. 64 ff. zeigen werden.

[61]) S. 204 ff.

[62]) Auch Rühl wendet sich des öfteren (S. 87, 2, S. 195 oben und S. 208 unten) gegen diese beiden RG.-Entscheidungen.

schluß des Vertrages, also mit Vornahme der Verfügungshandlungen, während nur die Wirkung, nämlich der Eigentumsübergang, nach § 158 BGB. hinausgeschoben wird.

Es scheinen bei dieser Reichsgerichtsentscheidung noch gemeinrechtliche Streitfragen fortzuwirken, wo teilweise angenommen wurde, daß der Wille suspendiert sei[63]); diese Streitfrage ist aber durch § 158 BGB. längst klar entschieden. Der Wille, eine Verfügung vorzunehmen, braucht nur bei einem bedingten Verpflichtungsgeschäft noch im Augenblicke des Eintritts der Bedingung vorzuliegen, weil ja die Verfügung erst in diesem Momente vorgenommen werden soll. Ist aber die Verfügung bereits vorgenommen worden, handelt es sich also um ein bedingtes Verfügungsgeschäft, so braucht nur die Bedingung einzutreten, und die Verfügung wird gemäß § 158 BGB. ipso iure und ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien wirksam.

Es zeigt sich, wie verhängnisvoll es ist, bei bedingten Verträgen nicht streng zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden. Die Reichsgerichtsentscheidungen in Bd. 64 und 95 wirken mit ihrem Fehler noch immer fort, wie ein Blick in den Reichsgerichtskommentar und die Kommentare von *Staub* und *Planck* zeigt.

Der Reichsgerichtskommentar verlangt an zwei Stellen[64]) unter Berufung auf die Reichsgerichtsentscheidungen in Bd. 64 und 95 bei bedingten Verfügungen das Vorhandensein des Willens zur Zeit des Eintritts der Bedingung, während in einer anderen Anmerkung[65]) ausdrücklich betont wird, daß für den Eigentumserwerb nur der Eintritt der Bedingung erforderlich sei und daß es daher „einer neuen auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Willenseinigung nicht bedürfe". Ein Widerspruch, der bei der Bedeutung des Kommentars der Reichsgerichtsräte naturgemäß zu bedauerlicher Unklarheit führen muß.

Die gleichen Widersprüche finden sich in den Kommentaren von *Staub* und *Planck*. Obwohl auch nach *Staub*[66]) das Eigentum mit Eintritt der Bedingung ohne weiteres übergeht, verlangt er unter Berufung auf die Reichsgerichtsentscheidungen, daß im Augenblick der Zahlung noch der Wille, das Eigentum zu übertragen, vorhanden sein muß[67]).

---

[63]) Siehe hierzu auch S. 13 und dort Anm. 3.

[64]) § 929 Anm. 1 und § 455 Anm. 1.

[65]) § 455 Anm. 6.

[66]) Staub, Anhang zu § 382 Anm. 23.

[67]) Staub, Anhang zu § 382 Anm. 63 b; ebenso widerspruchsvoll Warneyer, Bd. I § 455, I.

Noch widerspruchsvoller ist *Planck*. In seinem Kommentar[68]) lehnt er ausdrücklich die Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 64 und Bd. 95 ab, weil diese Entscheidungen, wenn sie das Vorhandensein eines Übertragungswillens im Augenblicke des Eintritts der Bedingung verlangen, im Grunde die Möglichkeit einer bedingten Übertragung, also eines bedingten Verfügungsgeschäftes, überhaupt leugneten. Trotzdem lehrt *Plancks* Kommentar an anderer Stelle[69]), daß das Eigentum bei einer bedingten Übereignung mit Eintritt der Bedingung nur übergehe, wenn „keiner der Beteiligten sich inzwischen anders besonnen und dies dem anderen erklärt hat".

Immer wieder wird in der Literatur bei der Behandlung der bedingten Rechtsgeschäfte die wichtige Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft außer Acht gelassen. Es kann demgegenüber nicht klar genug betont werden, daß es sich bei der bedingten Übereignung um ein Verfügungsgeschäft handelt. Bei einem Verfügungsgeschäft muß aber der Übereignungswille nur zur Zeit der Verfügung vorliegen, nicht mehr im Augenblicke des Eintritts der Wirkung, weil die Wirkung (der Eigentumsübergang) gemäß § 158 BGB. auf Grund der früher liegenden Verfügung und auf Grund des Eintritts der Bedingung ipso iure eintritt. Verlangt man das Vorliegen des Übertragungswillens auch noch zur Zeit des Eintritts der Bedingung, so verlegt man damit die Verfügung selbst auf einen späteren Zeitpunkt, nämlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung, und macht aus dem bedingten Verfügungsgeschäft ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft, inhaltlich dessen der Eigentümer verpflichtet wird, bei Eintritt der Bedingung das Eigentum auf den Käufer zu übertragen.

---

[68]) Planck, § 455 Anm. 2 (S. 687).

[69]) Planck, § 930 Anm. 4 (S. 368), (allerdings anderer Schriftsteller; dieser Teil des Sachenrechts ist von Brodmann bearbeitet).

II. Die unbeschränkte Zulässigkeit der bedingten Übereignung.

Die aufschiebend bedingte Übereignung einer beweglichen Sache ist eine gegenwärtige Verfügung über eine bewegliche Sache mit der vereinbarten Wirkung, daß das Eigentum an der Sache erst zu einem späteren, genau bestimmten Zeitpunkte übergehen soll.

Die Zulässigkeit einer solchen Verfügung ergibt sich in Verbindung mit dem Grundsatze der Vertragsfreiheit, wonach alles erlaubt ist, was nicht verboten ist, aus einem argumentum e contrario, nämlich aus der Tatsache, daß die bedingte Übereignung weder in den allgemeinen Paragraphen über die Bedingung (§§ 158 ff. BGB.), noch auch in den speziellen Paragraphen über den Eigentumserwerb (§§ 929 ff. BGB.) verboten ist. Das Gesetz scheint also die Hinzufügung einer Bedingung bei jeglichem Rechtsgeschäfte für zulässig zu halten, zumal es vier Gruppen erwähnt, in denen es ausdrücklich die Hinzufügung einer Bedingung verbietet, nämlich bei der Auflassung (§ 925, II), der Aufrechnung (§ 388), der Eingehung einer Ehe (§ 1317, II) und einigen anderen Fällen aus dem Eherecht (§§ 1724, 1598, 1742, 1768), sowie bei zwei Fällen aus dem Erbrecht, nämlich Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft (§§ 1947, 2180).

Diesen gesetzlichen Ausnahmen hat die Wissenschaft noch einige weitere hinzugefügt und argumentiert, daß immer dann die Hinzufügung einer Bedingung als verboten gelten muß, wenn die Beteiligten oder die Allgemeinheit ein Interesse an absolut klaren Rechtsverhältnissen hat[70]). Dementsprechend dürfen Rechtsgeschäften wie der Anfechtung, Kündigung, Mahnung, Rücktritt keine Bedingungen hinzugefügt werden, weil und sofern der Empfänger ein berechtigtes Interesse daran hat, nicht durch eine bedingte Erklärung seines Vertragsgegners in eine ungewisse Rechtslage gebracht zu werden. Diese Ergänzung des Gesetzbuches durch die Wissenschaft ist zweifellos berechtigt, wenn man bedenkt, daß sich die Wissenschaft in diesem Punkte von demselben Gedanken hat leiten lassen wie der Gesetzgeber, als er die bedingte Aufrechnung oder die bedingte Eingehung einer Ehe verbot. In all diesen Fällen liegt in gleicher Weise ein Interesse der Beteiligten an durchaus klaren Rechtsverhältnissen vor; der Grund trifft für die Aufrechnung ebenso zu wie z. B. für die Anfechtung; in beiden Fällen muß der Empfänger der Willenserklärung wissen, ob seine Forderung durch Anfechtung oder Aufrechnung erloschen ist.

Es ist auffällig, daß es sich bei den bedingungsfeindlichen Rechts-

---

[70]) Motive, Bd. I, S. 249; F. Leonhard, Wahlschuld, Jher. Jahrb. 41, S. 57 ff.; Dernburg, Bd. I, S. 444 (§ 148); Planck, Vorbem. zu § 158 Anm. 3 und 4 (S. 409—411); Staudinger, Vorbem. zu §§ 158 ff. (S. 650) und die dort angegebene Literatur.

geschäften immer nur um einseitige Rechtsgeschäfte handelt[71]). Aus dieser Tatsache ist die Schlußfolgerung gestattet, daß ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, also ein Vertrag immer bedingt abgeschlossen werden kann, weil sich — wie *Planck*[72]) mit Recht hervorhebt — der Vertragsgegner gegen die Hinzufügung einer Bedingung wehren kann.

Demnach ist also die bedingte Übereignung, da sie einen Vertrag darstellt, unbeschränkt zulässig, und zwar besonders auch deshalb, weil der Gesetzgeber in § 455 BGB. selbst von der „Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises" spricht, also den Hauptfall der bedingten Übereignung ausdrücklich erwähnt.

Wenn trotz all dieser Gesichtspunkte ein Zweifel an der Zulässigkeit der bedingten Übereignung bestanden hat, so liegt das an der ablehnenden Ansicht der Motive[73]), bei denen wohl die Erinnerung an römisches Recht[74]) und einige deutsche Partikularrechte[75]) eine Rolle gespielt hat.

Die Begründung der Motive ist eine zweifache:

a) „Eine gegenwärtige Einräumung des Besitzes steht mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Beteiligten in einem gewissen Widerspruche. Dem Willen der letzteren entspricht es, daß der Besitzwechsel und damit die Perfektion des Vertrages bis zu der Entscheidung der Bedingung hinausgeschoben wird[76])." Der erste Satz mag in gewissem Umfange richtig sein, gibt aber keinen Anhaltspunkt zur Ablehnung einer aufschiebend bedingten Übereignung. Denn es ist nebensächlich, ob der Besitz erst nach Eintritt der Bedingung oder aber unbedingt, d. h. sofort eingeräumt wird[77]), während das allein Entscheidende ist, daß die Wirkung des Rechtsgeschäftes, also der Eigentumsübergang

[71]) Abgesehen vom Eherecht und dem Fall der Auflassung, die aber besonders liegen, weil hier zu dem Interesse der Beteiligten noch ein starkes Interesse des Staates, der Allgemeinheit hinzukommt. Auch im römischen Recht war eine bedingte Eheschließung unzulässig; anders aber nach kanonischem Recht, wo entsprechend dem bindenden Verlöbnisse auch die bedingte Eheschließung anerkannt wird, siehe Enneccerus, Suspensivbedingung, S. 53, 12 und dort A. 84—86.

[72]) Planck, Vorbem. zu § 158 d, *a* (S. 410).

[73]) Motive, Bd. III, S. 337—339.

[74]) Im klassischen Recht war die Hinzufügung einer Bedingung verboten bei der mancipatio (siehe Enneccerus, Suspensivbedingung, S. 27 ff. u. Fragm. Vat. § 329) und der in iure cessio (siehe Enneccerus, ebenda S. 37 ff. u. A. 63 auf S. 38, sowie Fragm. Vat. § 49), und zwar mit Rücksicht auf die strenge Formalität dieser beiden Eigentumsübertragungen. Im späteren Recht unter Justinian ist die bedingte Übereignung in vollem Umfange gestattet, siehe lex 2 § 5 D de donat. 39, 5 (Julian) und lex 9 § 1 D de iure dotium 23, 3 (Ulpian); Text dieser beiden Stellen siehe S. 97.

[75]) Siehe Motive, Bd. III, S. 337 A. 1.

[76]) Motive, Bd. III, S. 339.

[77]) Siehe hierüber unten S. 42 ff., insbesondere S. 51, 3. Absatz.

hinausgeschoben wird. Es ist auch den Parteien nur um die Hinausschiebung des Eigentumsüberganges zu tun, nicht aber — wie die Motive meinen — um eine Hinausschiebung des Besitzwechsels. Gerade bei dem üblichsten Fall, dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, wollen die Parteien den sofortigen Besitzwechsel; lediglich das Eigentum soll noch bei dem Verkäufer bleiben, um dessen Zahlungsanspruch dinglich zu sichern.

b) „Ein fühlbarer Mangel wird sich, wenn man die suspensiv bedingte Eigentumstradition durch die Natur des Besitzes ebenso für ausgeschlossen erachtet, wie die suspensiv bedingte Auflassung durch die positive Bestimmung des Grundbuchrechts (§ 870 BGB.), nicht ergeben, da die praktischen Zwecke der gegenseitigen Sicherung in genügendem Maße durch Resolutivbedingung und bindenden Vertragsantrag sich erreichen lassen[78])." Auch diese Begründung ist nicht stichhaltig. Es kommt nicht darauf an, ob sich ein fühlbarer Mangel zeigen wird, sondern darauf, ob ein gewichtiges Moment gegen die Zulässigkeit spricht, obwohl das Gesetz nur die bedingte Übereignung im Grundbuchrecht, nicht aber die bedingte Übereignung beweglicher Sachen verbietet, ja sogar im § 455 ausdrücklich erlaubt. Gegenüber den allgemeinen §§ 158 ff. BGB. wäre ein ausdrückliches Verbot erforderlich, wenn man die bedingte Übereignung für unzulässig erklären wollte[79]).

Überdies würde sich entgegen der Ansicht der Motive ein fühlbarer Mangel zeigen, da sich die von dem Verkäufer gewünschte Sicherung durch einen bindenden Vertragsantrag keineswegs erreichen läßt; der bindende Vertragsantrag ist nur für den Offerierenden bindend, also für ihn als Verkäufer nachteilig, weil der Oblat nicht verpflichtet ist, den Antrag bei Eintritt der Bedingung auch tatsächlich anzunehmen; die Entstehung des Zahlungsanspruches hängt also von dem Willen des Käufers ab, während bei der bedingten Übereignung der Zahlungsanspruch sofort entsteht. Es wäre ein unbilliges Risiko für den Verkäufer, den Besitz einer Sache übergeben zu müssen, ohne bereits fest verkauft zu haben.

Die ablehnende Auffassung der Motive ist auch nicht durchgedrungen und wurde bereits von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches verworfen[80]).

Diesem Standpunkte der Kommission hat sich die Wissenschaft angeschlossen und hat einmütig die aufschiebend bedingte Übereignung einer beweglichen Sache für zulässig erklärt[81]).

---

[78]) Motive, Bd. III, S. 339.

[79]) Ebenso Dernburg, Bd. III, S. 346 Anm. 1 (§ 102).

[80]) Protokolle, Bd. III, S. 201 (und auch Bd. II, S. 79 ff.).

[81]) Cosack, Bd. II, S. 149; Dernburg, Bd. III, § 102 (S. 346); Endemann, S.R. § 21, 2; Enneccerus-Wolff, S.R. § 66 I 3; Planck, § 929, IV 3, a δ; RGR.-Komm. § 929 Anm. 1; Staudinger, § 929, V, der allerdings als einziger unter Berufung auf die Motive eine kleine Einschränkung machen will.

III. Die juristische Form der bedingten Übereignung.

1. Wenn an anderer Stelle[82]) gesagt wurde, das bedingte Rechtsgeschäft unterscheide sich von dem unbedingten Rechtsgeschäfte durch nichts weiter als die Hinzufügung einer Bedingung, so unterscheidet sich folglich die bedingte Übereignung von der unbedingten Übereignung ebenfalls nur durch die Bedingung, also nur durch die der ordnungsmäßigen Übereignung hinzugefügte Vereinbarung, daß die Wirkung der Übereignung, der Eigentumsübergang erst später bei Eintritt der Bedingung vor sich gehen soll. Eine bedingte Übereignung ist demnach nur gegeben, wenn bereits zur Zeit des Abschlusses des bedingten Übereignungsvertrages alles vorgenommen wird, was das Gesetz für eine unbedingte Eigentumsübertragung verlangt; sie muß „in derselben Form vorgenommen werden[83])" wie die unbedingte Übereignung. Würde man nicht verlangen, daß die volle Form der unbedingten Übereignung gewahrt wird, so wäre die Folge, daß bei Eintritt der Bedingung noch eine Tätigkeit des Übereignenden oder des Erwerbers einsetzen müßte, um den Eigentumsübergang zu bewerkstelligen; das aber widerspräche dem Sinne eines vor Eintritt der Bedingung vollzogenen Rechtsgeschäftes, da von einem vollzogenen Rechtsgeschäfte sinngemäß nur die Rede sein kann, wenn auch wirklich alle zur Vollziehung erforderlichen Handlungen getätigt worden sind.

Sind nicht alle für eine Übereignung erforderlichen Rechtshandlungen getätigt (Einigung und Übergabe, bzw. Übergabeersatz), fehlt also z. B. die für eine Einigung erforderliche Willenserklärung des Erwerbers, so ist keine bedingte Übereignung, kein bedingtes Verfügungsgeschäft getätigt worden, sondern höchstens ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft, auf Grund dessen die Parteien bei Eintritt der Bedingung verlangen können, daß das Verpflichtungsgeschäft erfüllt wird, also die beabsichtigte Verfügung nunmehr stattfindet. Es läßt sich von einem Verfügungsgeschäft nur sprechen, wenn die Verfügung sofort vorgenommen wird. Da die Wirkung dieser Verfügung gemäß § 158 BGB. ipso iure eintreten soll, so muß auch schon aus diesem Grunde die Verfügung so vorgenommen werden, daß den Parteien nichts mehr zu tun übrigbleibt und nur noch die Bedingung einzutreten hat.

2. Die vier verschiedenen Formen der bedingten Übereignung.

Die Übereignung einer beweglichen Sache erfolgt gemäß § 929 BGB. durch die Übergabe der Sache an den Erwerber und die Eini-

---

[82]) Siehe S. 22.

[83]) v. Tuhr, Bd. III, S. 285, S. 306; ebenso Brecht, S. 269; Flatau, S. 38; RGR.-Komm. § 455 Anm. 2; Neumann, § 158 N. 1.

gung beider darüber, daß das Eigentum übergehen soll. Allerdings braucht die Übergabe nicht immer tatsächlich zu erfolgen, sondern kann gemäß den §§ 929 bis 931 BGB. in dreifacher Weise ersetzt werden, je nachdem, ob sich die Sache zur Zeit der Einigung im Besitze des Erwerbers, des Eigentümers oder eines Dritten befindet.

Genau so liegt es bei der bedingten Übereignung einer beweglichen Sache. Sie muß wie die unbedingte Übereignung in einer der vier gesetzlichen Möglichkeiten vorgenommen werden und hat sich gleich der unbedingten Übereignung innerhalb der von den §§ 929—931 BGB. gezogenen Grenzen zu halten.

a) § 929, S. 1 BGB.

Die bedingte Übereignung gemäß § 929, I BGB. bietet keine besonderen Schwierigkeiten; die den Übereignungsvertrag ausmachenden zwei Willenserklärungen (des Übereignenden und des Erwerbers) müssen zur Zeit der Übergabe der Sache bereits abgegeben sein oder gleichzeitig abgegeben werden. Damit ist die bedingte Verfügung gültig und die Wirkung in Gestalt des Eigentumsüberganges geht ipso iure vor sich, sobald die Bedingung eintritt.

Es ist zuweilen die Frage behandelt worden[84]), ob auch die Übergabe der Sache unter einer Bedingung erfolgen könne; sie ist aber von allen im verneinenden Sinne beantwortet worden, und zwar mit der richtigen Begründung, daß die Übergabe eine Tatsache ist, Tatsachen aber nicht bedingt werden können, oder aber eine Rechtshandlung, deren Wirkung kraft Gesetzes eintritt und infolge dieser Unabhängigkeit vom Willen des Handelnden nicht durch Hinzufügung einer Bedingung auf Wunsch der Beteiligten hinausgeschoben werden kann. „Wo der Wille die Wirkung überhaupt nicht bestimmt, dort kann er auch nicht eine bedingte Wirkung bestimmen[85])." Der bedingt Übereignende könnte allerdings ein Interesse an einer bedingten Übergabe haben, um zu verhindern daß der Erwerber bereits vor Eintritt der Bedingung Besitzschutz genießt. Dieses Interesse vermag aber nicht die Möglichkeit und Zulässigkeit der bedingten Übergabe zu erreichen, und es sei demgegenüber erlaubt, auf den prägnanten Vergleich von *Stölzel*[86]) hin-

---

[84]) Jaffé, S. 11; v. Tuhr, Bd. III, S. 271 Anm. 5 und S. 284 Anm. 92; Planck, § 929 IV 3, a, δ; Klein, S. 23; Fromherz in Z.Z. 39, S. 484; Manigk, Anwendungsgeb. S. 295; Rühl, S. 86.

[85]) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 296.

[86]) Stölzel, II. Teil, S. 196.

zuweisen, der eine bedingte Zahlung ablehnt, weil eine Zahlung eine Tatsache sei, und daher ebensowenig bedingt werden könne, wie man jemandem „bedingt" einen Schlag versetzen oder wie man „bedingt spazieren gehen" könne. Dieser Vergleich erweist die Unmöglichkeit einer bedingten Übergabe. *Stölzel* selbst bringt ihn allerdings nicht bezüglich der bedingten Übergabe, sondern, wie erwähnt, bezüglich einer bedingten Zahlung[87]; hierzu ist zu bemerken, daß der Vergleich auf die bedingte Zahlung gar nicht paßt[88]. Die Zahlung ist keine Tatsache, weil sie die Eigentumsübertragung des Geldes in sich birgt, also ein Rechtsgeschäft und sogar ein dingliches Rechtsgeschäft ist und folglich die Hinzufügung einer Bedingung verträgt. Daher muß denn auch *Stölzel* in seinen weiteren Ausführungen[89] selbst zugeben, daß eine bedingte Zahlung möglich ist, wenn z. B. der Schuldner bei der Zahlung sagt, die Übergabe des Geldes solle nur als Zahlung gelten, „wenn keine Wechselgläubiger in den nächsten acht Tagen an mich herantreten". Dieses Beispiel *Stölzels* stellt sich als eine bedingte Eigentumsübertragung dar, die zwar für den Schuldner ungünstig liegt, weil es sich um Geld handelt und daher der Gläubiger durch Vermischung mit seinem Gelde trotz der entgegenstehenden Bedingung Eigentum erwerben kann.

Ein weiterer Punkt, der bei der bedingten Übereignung nach § 929, I BGB. streitig ist, ist die Frage, ob der bedingt Übereignende während der Schwebezeit einen mittelbaren Besitz an der Sache hat. Die herrschende Lehre[90] bejaht den mittelbaren Besitz mit der wohl richtigen Begründung, daß der Erwerber während der Schwebezeit noch nicht Eigenbesitzer sei, sondern die Sache nur

---

[87]) Stölzel, S. 197.

[88]) Es sei denn, daß man unter Zahlung nur die Besitzübertragung der Geldstücke verstehen will, die allerdings als reine Tatsache nicht bedingt möglich ist.

[89]) Ebenso Martinius in Gruchot 47, S. 764; und auch Eccius in Gruchot, Bd. 42, S. 31.

[90]) Dernburg, S.R. § 102 (S. 346); Emmerich, S. 234; Enneccerus-Wolff, S.R. § 8 I 1 b; Flechtheim in JW. 1911, S. 345 ff.; Pudor in JW. 05, S. 314 ff.; Przibilla in J.W. 08, S. 395 ff.; RGR.-Komm. § 868 Anm. 3 und § 455 Anm. 3; Staub, Anhg. zu § 382 Anm. 63; Staudinger, § 868 III 2 h; v. Tuhr, Bd. III, S. 297 und A. 37; Warneyer, § 868 Bem. II; Rühl, S. 104, II.; RG. Bd. 54, S. 397; Bd. 69, S. 197 (allerdings ohne Begründung); Bd. 105, S. 22 und RG. in JW. 1913, S. 432[10]; RG. in Gruchot, Bd. 53, S. 1048; RG. in Warn.Rspr. 09, Nr. 454; KG. in OLG. Bd. 15, S. 356 (1906).

[91]) Biermann, § 868, 2 b; Endemann, S.R. § 32 N. 5; Gierke, Privatrecht, § 114, 5 N. 39; Flatau, S. 48 und 51; Planck, § 929 IV (S. 360) läßt die Frage im allgemeinen offen, verneint sie aber für den Spezialfall des § 455 ohne weitere Begründung; Thiesing in Arch. bürg. R. 20, 243 ff., insbesondere S. 249/50.

als Verwahrer für den Verkäufer in Händen habe und zur ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet, sowie zur Nutzung berechtigt sei (§ 868 BGB.).

Von der Minderheit[91]) wird die Konstruktion eines mittelbaren Besitzverhältnisses abgelehnt, weil der mittelbare Besitz die Tendenz voraussetze, daß die Sache über kurz oder lang in den unmittelbaren Besitz des jetzigen mittelbaren Besitzers gelange, bei der bedingten Übereignung aber die entgegengesetzte Tendenz bestehe[92]).

Ich möchte mich der herrschenden Lehre anschließen, weil die von der Gegenseite behauptete Tendenz nicht im Gesetze zum Ausdruck kommt. Das Gesetz verlangt lediglich (§ 868), daß der unmittelbare Besitzer einem anderen gegenüber nur „auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist". Diese Voraussetzung ist aber erfüllt[93]), da der Erwerber vorläufig nur bis zum Eintritt der Bedingung zum Besitze berechtigt ist. Allerdings ist der Erwerber nach Eintritt der Bedingung auch noch zum Besitze berechtigt, aber — und das ist das Entscheidende — aus einem anderen Rechtsgrunde; nämlich n a c h Eintritt der Bedingung auf Grund des neuerworbenen Eigentums, v o r Eintritt der Bedingung dagegen auf Grund eines besonderen, einem Verwahrungsverhältnisse zum mindesten ähnlichen Rechtsverhältnisse.

Im übrigen scheint mir aber die Frage nicht die Bedeutung zu haben, wie es nach den zahlreichen Bemerkungen in der Literatur und Rechtsprechung den Anschein hat. Der praktische Unterschied ist gering; zwar hat der Verkäufer als mittelbarer Besitzer die besonderen im § 869 BGB. enthaltenen Rechte. Diese Rechte sind aber für den Verkäufer nicht so außerordentlich wichtig, weil er sich im Falle der Not immer auf sein Eigentum berufen kann. Für den Käufer aber ist es vollends gleichgültig, ob ein mittelbares Besitzverhältnis vorliegt, da auch die ein Besitzverhältnis ablehnende Minderheit dem Käufer das Recht zum Besitze geben muß, mit Rücksicht auf die Anwartschaft, welche dieses Recht in sich schließt[94]).

b) § 929, S. 2 BGB.

Befindet sich der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache — oder, allgemeiner gesprochen, der bedingte Erwerber — bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrages im Besitze der Sache, so erfolgt die bedingte Übereignung gemäß § 929,

---

[92]) So besonders Thiesing, a. a. O., S. 249 und 250; Biermann und Endemann, a. a. O.

[93]) Ebenso Rühl, S. 104, II.

[94]) Siehe Flatau, S. 48.

S. 2 BGB. auf die einfachste Weise, indem sich lediglich die Parteien darüber einigen, daß das Eigentum an der Sache auf den Käufer bei Eintritt der Bedingung automatisch übergeht. Zu diesem Fall der bedingten Übereignung ist nichts Besonderes zu sagen, weil sich die Eigentumsübertragung in der Einigung erschöpft, und bezüglich des Besitzes keine Regelung mehr getroffen zu werden braucht. Folglich kommt die Frage eines bedingten oder unbedingten Besitzerwerbes nicht mehr in Betracht, und es liegt ein mittelbarer Besitz des Verkäufers in der gleichen Weise vor wie bei der bedingten Übereignung nach § 929, S. 1 BGB.

c) § 930 BGB.

Soweit die bedingte Übereignung gemäß § 930 BGB. in der Literatur und Rechtsprechung behandelt wird, erfolgt auch stets eine Anerkennung der Zulässigkeit[95]). Die Zulässigkeit steht auch mit Recht außer Zweifel, weil zwischen der bedingten und der unbedingten Übereignung kein Unterschied ist außer der auf Wunsch beider Parteien hinzugefügten Bedingung. Ist also der bedingt Übereignende im Besitze der Sache und will auch mit Rücksicht auf seine Sicherheit oder mit Rücksicht auf wirtschaftliche Momente im Besitze der Sache bleiben, so erfolgt die bedingte Übereignung durch den in allen Fällen gleichen Übereignungsvertrag und die gleichzeitige Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses mit dem Erfolge, daß das Eigentum bei Eintritt der Bedingung automatisch übergeht und die Besitzverhältnisse während der Schwebezeit genau umgekehrt liegen wie bei der bedingten Übereignung nach § 929 BGB.; also der Übereignende den unmittelbaren und der Erwerber den mittelbaren Besitz hat.

Die Schwierigkeit der bedingten Übereignung nach § 930 BGB. liegt in der Streitfrage, ob der bedingt Übereignende mit dem Erwerber vereinbaren kann, daß der mittelbare Besitz des Erwerbers erst im Augenblicke des Eintritts der Bedingung entsteht, oder ob er verpflichtet ist, wenigstens den mittelbaren Besitz sofort zu bestellen. Das Interesse des bedingt Übereignenden, auch den mittelbaren Besitz des Erwerbers erst später — zusammen mit dem Eigentumsübergange — entstehen zu lassen, ergibt sich aus den Fällen, in denen die bedingt übereignete Sache noch gar nicht existiert, bzw. sich noch nicht in dem unmittelbaren oder mittelbaren Besitze des Übereignenden befindet, also eine Übereignung mit sofortigem mittelbaren Besitzerwerb gar nicht denkbar ist[96]).

[95]) Brecht, S. 282; Enneccerus-Wolff, S.R. § 67 I 3; Flatau, S. 51; Planck, § 930 A. 4 (S. 368); Staub, Anhg. zu § 382 A. 67; Stintzing, S. 132; v. Tuhr, Bd. III, S. 285 A. 100 und S. 306; Warneyer, § 930 Bem. III; im RGR.-Komm. findet sich eigentümlicherweise kein Hinweis auf die bedingte Übereignung nach § 930; RG. Bd. 56, S. 54; RG. in J.W. 1912, 144,[21]; 797,[15]; 1910, 110,[10]; RG. in Warn.Rspr. 1908, Nr. 61; OLG. (Hbg.) Bd. 31, S. 324.

[96]) Siehe hierüber S. 48—51.

Untersucht man die Stellungnahme der wenigen sich mit dieser Frage beschäftigenden Schriftsteller, so findet sich das eigenartige Ergebnis, daß nur zwei Schriftsteller, nämlich *Flatau*[97]) und *Brecht*[98]) — dieser mit eingehendster Begründung — die Vereinbarung eines bedingten Besitzkonstitutes für absolut unzulässig halten, während die übrigen sie nicht nur für zulässig, sondern sogar für notwendig und selbstverständlich halten, und offenbar — eine genaue Begründung wird nicht gegeben — die Vereinbarung eines unbedingten Besitzverhältnisses für nicht ausreichend bei einer bedingten Übereignung nach § 930 BGB.[99]).

Mir scheinen beide Auffassungen nicht das Richtige zu treffen; ich glaube vielmehr, man wird das unbedingte so gut wie das bedingte Besitzkonstitut zulassen müssen[100]). Jedenfalls scheitert die Ansicht, bei einer bedingten Übereignung nach § 930 sei das Besitzkonstitut ohne weiteres auch bedingt abgeschlossen, daran, daß es sich bei dem Konstitut um ein selbständiges Rechtsgeschäft handelt, welches doch nur bedingt abgeschlossen sein kann, wenn die Parteien es beide wünschen. Wenn z. B. *Stintzing*[101]) sagt: „Wo aber die Übergabe ersetzt wird, da sind auch die Willenserklärungen von der Bedingung abhängig", so ist dem entgegenzuhalten, daß — abgesehen davon, daß nicht die Willenserklärungen von der Bedingung abhängig wären, sondern die Wirkung, also nur die Folgen der Willenserklärungen — ein bedingtes Rechtsgeschäft i. S. des § 158 BGB. nur vorliegt, w e n n die Parteien eine Bedingung hinzugefügt haben.

Es spricht auch nicht einmal eine Vermutung dafür, daß die Parteien das Konstitut bedingt abschließen wollten, sondern eher umgekehrt dafür, daß das Konstitut unbedingt sein sollte; denn bei einer bedingten Übereignung nach § 930 liegt dem Übereignenden in erster Linie daran, das Eigentum zu behalten und den u n mittelbaren Besitz; ob daneben der Erwerber während der Schwebezeit auch schon einen Besitz, nämlich den mittelbaren, erhält, wird ihm ziemlich gleichgültig sein, weil dem Erwerber dieser mittelbare Besitz höchstens gegenüber Dritten gemäß § 869 BGB. von Wert sein kann. Der Übereignende übernimmt durch das Konstitut keine Pflichten, die er nicht bereits auf Grund der bedingten Übereignung und der damit entstehenden Anwartschaft erhält. Man wird es also — entgegen den genannten Schriftstellern — für das Übliche und Normale halten müssen, daß der mittelbare Besitz für den Erwerber sofort, also unbedingt, entsteht, und daß daher irgendwelche be-

---

[97]) S. 51.
[98]) S. 283.
[99]) Enneccerus-Wolff, S.R. § 67, I, 3; Planck, § 930 A. 4 (S. 368); Stintzing, S. 132; Warneyer, § 930 Bem. III.
[100]) So auch Rühl, S. 86 (allerdings ohne Begründung).
[101]) S. 131.

sonderen Umstände vorliegen müssen, welche die Annahme der Vereinbarung eines bedingten Konstituts begründen.

Andererseits kann aber die Ansicht von *Brecht* und *Flatau*, der mittelbare Besitz müsse sofort entstehen, also unbedingt sein, ebenfalls nicht gebilligt werden. *Flatau* meint, das Konstitut müsse unbedingt zustande kommen, „da sonst ein Tatbestandsmoment des § 930 fehlen würde" und, weil das Konstitut die bedingungsfremde Übergabe ersetzen solle[102]). Beide Gründe sind nicht stichhaltig. Ein Tatbestandsmoment fehlt nicht, weil § 930 nicht verlangt, daß der mittelbare Besitz sofort entsteht, sondern nur, daß ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt; dies Erfordernis ist aber erfüllt, da auch bei einer bedingten Übereignung mit bedingtem Konstitut das Rechtsverhältnis sofort abgeschlossen wird, während nur die Wirkung, also nur die Erlangung des mittelbaren Besitzes, hinausgeschoben wird. Überdies ist zu bedenken, daß in den §§ 929 ff. der Gesetzgeber bei der Fassung des Wortlautes nicht an die bedingte Übereignung, sondern an die unbedingte Übereignung gedacht hat, und folglich der Wortlaut notfalls entsprechend ausgelegt werden muß.

Die andere Begründung, das Konstitut ersetze die bedingungsfremde Übergabe, beruht unter Benutzung eines richtigen Satzes auf einer falschen Schlußfolgerung; das Konstitut ist wohl ein Ersatz der Übergabe, hat aber in seiner rechtlichen Konstruktion nichts mit ihr gemein. Die Übergabe muß unbedingt erfolgen, weil sie eine Tatsache ist, das Konstitut kann bedingt werden, weil es ein Rechtsgeschäft ist.

Die Begründung von *Brecht* läßt sich nicht ganz so kurz und leicht widerlegen, da sie in der Hauptsache auf einem Satze beruht, der auch hier anerkannt wurde, nämlich auf dem grundlegenden Gedanken, daß nur die Wirkung der Übereignung, also „das Hinüberspringen des Eigentumsrechtes" hinausgeschoben ist und daher „die gesetzlichen Formen der Eigentumsübertragung schon jetzt vollkommen gewahrt werden müssen[103])". Da aber — argumentiert *Brecht* — die unbedingte Übereignung sofortigen Besitzerwerb verlange, müsse auch dem bedingten Erwerber der sofortige Besitz eingeräumt werden und bis zum eventuellen Übergange des Eigentums überlassen bleiben.

Diese Schlußfolgerung ist falsch, und zwar deshalb, weil *Brecht* die Form der unbedingten Übereignung zu weit gefaßt hat. Streng genommen, verlangt die unbedingte Übereignung nicht einen sofortigen Besitzerwerb, sondern nur, daß der Erwerber spätestens in dem Augenblicke, wo das Eigentum nach dem Willen der Parteien übergehen soll, den Besitz an der Sache erlangt hat. Dieser

[102]) Flatau, S. 51.
[103]) Brecht, S. 283.

Unterschied ist allerdings für die unbedingte Übereignung praktisch ohne Bedeutung, weil ja der Augenblick, wo das Eigentum nach dem Willen der Parteien übergehen soll, mit dem Zeitpunkte der Verfügung identisch ist, insofern also praktisch unbedenklich von einem sofortigen Besitzerwerb bei der unbedingten Übereignung gesprochen werden kann. Das darf aber nicht dazu verleiten zu behaupten, die Voraussetzung der Übereignung sei der sofortige Besitzerwerb, obwohl das Gesetz nur verlangt, daß Einigung über den Eigentumsübergang vorliegen muß, wenn der Besitzerwerb erfolgt, und daher bestimmt, daß das Eigentum in dem Augenblicke übergeht, wo die beiden Merkmale — Besitz und Einigung — zusammentreffen; ob eines dieser Erfordernisse zu einem früheren Zeitpunkte erfüllt ist, ist gleichgültig, wenn sie nur beide irgendwann gleichzeitig vorliegen.

Wird die Übereignung unter einer Bedingung vorgenommen, so muß, da die volle Form des unbedingten Geschäfts zu wahren ist, wie *Brecht* richtig betont, der Grundgedanke des Zusammentreffens der beiden Bestandteile der Übereignung in gleicher Weise wie bei der unbedingten Übereignung Anwendung finden, andererseits darf aber auch kein Erfordernis, das über diesen Gedanken hinausgeht, verlangt werden.

Also: eine bedingte Übereignung ist immer dann gültig, wenn der Erwerber den Besitz an der Sache spätestens in dem Augenblicke, in dem das Eigentum übergehen soll, d. i. zur Zeit des Eintrittes der Bedingung, erlangt und außerdem Einigkeit darüber herrscht, daß das Eigentum übergehen soll. Daraus geht hervor, daß der Besitzerwerb ebensogut schon vor Eintritt der Bedingung vollzogen werden kann, aber nicht muß, d. h. daß im Falle des § 930 das Besitzverhältnis ganz nach Belieben der Parteien bedingt oder unbedingt abgeschlossen werden darf. Auch bei unbedingter Übereignung braucht der Besitz nicht schon v o r dem Eigentumsübergange eingeräumt zu sein[104]), sondern nur z u r Z e i t des Eigentumsüberganges, und genau das gleiche gilt, falls das Ganze an eine Bedingung geknüpft wird.

Brechts Satz: „Die gesetzlichen Formen der Eigentumsübertragung müssen schon jetzt vollkommen gewahrt werden[105])", bleibt also richtig; *Brecht* hat nur übersehen, daß zu den gesetzlichen Formen des § 930 nur Einigung und Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses gehört; also bei bedingter Übereignung das Zweifache, daß die Einigung darüber, daß das Eigentum zur Zeit des Eintritts der Bedingung übergehen soll, schon jetzt bindend erklärt wird, und ferner, daß auch schon jetzt ein Rechtsverhältnis

[104]) Ist der Besitz vorher übertragen, so ist das der Sonderfall des § 929, S. 2 BGB.

[105]) Brecht, S. 283.

der in § 868 BGB. genannten Art vereinbart wird. Von welcher Bedingung jedoch die Wirkung dieses selbständigen Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird, ist gleichgültig; es ist z. B. nicht erforderlich, daß dem Besitzkonstitut die gleiche Bedingung hinzugefügt wird wie der Übereignung. Daher ist es praktisch möglich, das Besitzkonstitut unter der Bedingung abzuschließen, daß der Verkäufer den Besitz an der Sache — z. B. an noch schwimmender Ware — erlangt, während die Übereignung von der Zahlung durch den Käufer bedingt wird. Es bleibt jedoch erforderlich, daß dann die dem Besitzkonstitut zugefügte Bedingung früher oder zum mindesten gleichzeitig mit der dem Eigentumsübergang gesetzten Bedingung eintritt; tritt sie später als die dem Eigentumsübergange gesetzte Bedingung ein, so ist kein Eigentumserwerb möglich, weil die Einigung bezüglich des Eigentumsüberganges nur für den Augenblick des Eintritts der Bedingung im voraus erklärt war, also nochmals erklärt werden müßte, wenn zu dieser Zeit der Eigentumsübergang mangels Besitzes nicht erfolgen kann.

Auch das von *Brecht* zum Beweise seiner Ansicht angeführte Beispiel[106]) ist nicht überzeugend. A überträgt das Eigentum an seiner Uhr auf B unter der Bedingung, daß dieser innerhalb drei Jahren sein Examen bestehe, und unter gleichzeitiger Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses unter derselben Bedingung. Als Beweis für seine Ansicht, daß B mit seinem Examen nicht ipso iure Eigentümer der Uhr werde, sagt *Brecht:* „A zieht die Uhr auf und geht mit ihr weg." Inwiefern die Tatsache, daß A die Uhr behält, ein Hinderungsgrund für den automatischen Eigentumserwerb sein soll, ist unverständlich, weil der Sinn der Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses gerade darin besteht, daß A die Uhr behalten darf, und daß B das Eigentum erwirbt, obwohl er die Uhr nicht im eigenen Besitze hat und nicht einmal weiß, wo sich die Uhr im Augenblicke seines Erwerbes befindet. Die Tatsache, daß A mit der Uhr weggehen darf, wäre — und das vergißt *Brecht* — auch gegeben, wenn A dem B den mittelbaren Besitz sofort, also unbedingt eingeräumt hätte.

Der ferner von *Brecht* angeführten Tatsache, daß B während der Schwebezeit bei einem bedingten Konstitut ungünstiger gestellt sei, kann keine Bedeutung zukommen, weil die Frage der Bedingung einzig und allein Sache der Parteien ist, und es daher in der Hand des B liegt, unbedingten mittelbaren Besitz zu fordern, wenn er dies für wünschenswert hält. Die Tatsache, daß eine Parteivereinbarung der einen Partei vielleicht Nachteil bringt, kann nicht dazu führen, eine an sich zulässige Vereinbarung für unzulässig zu erklären.

---

[106]) Brecht, S. 283—284.

Ist die bedingte Übereignung mit bedingtem Konstitut zulässig, so ist auch die bedingte Übereignung in der Form zulässig, daß als Bedingung des Eigentumserwerbes und des mittelbaren Besitzes die Entstehung der Sache selbst, bzw. der Eigentumserwerb oder der Besitzerwerb durch den Verfügenden gesetzt wird. Das ist denn auch der praktisch häufigste Fall der bedingten Übereignung nach § 930, wie die verschiedenen Gerichtsentscheidungen[107]) zeigen, die sich mit der Übereignung eines Warenlagers befassen, dessen Inhalt sich infolge dauernden Ver- und Einkaufs laufend verändert.

Die Vereinbarung wird in kaufmännischen Kreisen meist in der Form getroffen, daß ein genau bestimmtes und aufgeführtes Warenlager an eine kreditgebende Bank zur Sicherung sofort, also unbedingt, übereignet wird, und daß gleichzeitig der Kreditnehmer sich verpflichtet, alle neu gekaufte Ware auf das gleiche Lager zu bringen, und schriftlich im voraus erklärt, daß jede neu auf das Lager kommende Ware automatisch in das Eigentum der Bank übergeht. Anfangs ist eine derartige Vereinbarung von der Rechtsprechung nicht für zulässig gehalten, weil ein Rechtsverhältnis nach § 930 BGB. nur mit dem besitzenden Eigentümer abgeschlossen werden könne[108]). Grundlegend für die Änderung in der Auffassung wurde eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1903[109]), in der sich zwar auch die Begründung findet, der Veräußerer müsse Besitzer sein, aber doch schon erklärt wird, daß ein mittelbares Besitzverhältnis vereinbart werden kann, welches „von dem Augenblicke des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes" wirken soll. Damit wurde vom Reichsgericht — ohne es direkt auszusprechen — die bedingte Übereignung mittels bedingten Besitzkonstitutes für zulässig erklärt und der automatische Eigentumsübergang nur noch davon abhängig gemacht, daß der Vereinbarung, die neugekaufte Ware auf das gleiche Lager zu bringen, entsprochen wird; es ist also der Eigentumsübergang und der Besitzerwerb der Bank in gleicher Weise bedingt durch den Besitzerwerb des Verfügenden.

Der sicherlich richtige Gedanke, daß „nur der augenblickliche Besitzer in der Lage ist, einen anderen zum mittelbaren Besitzer zu machen[110])", steht dieser bedingten Übereignung mit bedingtem Besitzkonstitut m. E. nicht im Wege, weil doch gerade die Bedingung dazu dienen soll, den anderen erst d a n n zum mittelbaren Besitzer zu machen, wenn der Veräußerer unmittelbarer Besitzer ge-

---

[107]) z. B. RG. Bd. 56, S. 52 ff.; RG. in Warn. Rspr. 1912, Nr. 213; 1908, Nr. 61 und 62; RG. in J.W. 07, 747; 1911, 762, [21]; 1910, 110, [10]; 1912, 144, [21]; 797, [15]; RG. in Gruchot, 53, 1049 (1909).

[108]) RG. in J.W. 03, Beil. 143, 315.

[109]) RG. 56, S. 54.

[110]) F. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 46.

worden ist. Die Wirkung der Vereinbarung ist hinausgeschoben, also die Entstehung des mittelbaren Besitzes; diese dingliche Wirkung kann mit Rücksicht auf den oben zitierten Satz noch nicht sofort eintreten, sie tritt aber — und das ist das Hauptsächlichste — nach § 158 BGB. ipso iure ein, sobald der Veräußerer unmittelbarer Besitzer wird.

Es entspricht dem Grundsatze der Vertragsfreiheit, daß es den Parteien gestattet ist, die Wirkung eines Rechtsgeschäftes — z. B. den Eigentumsübergang oder die Entstehung eines mittelbaren Besitzes — von einer beliebigen zukünftigen Tatsache abhängig zu machen, es sei denn, daß es sich um eine unmögliche oder unsittliche Bedingung handelt. Da aber diese Ausnahmefälle bei der als Bedingung gesetzten Tatsache des eigenen Besitzerwerbes nicht vorliegen, muß es auch möglich sein, den Eigentums- und Besitzerwerb meines Käufers von meinem eigenen Besitzerwerb abhängig zu machen.

In der gleichen weitgehenden Weise äußert sich das Reichsgericht noch öfter und betont ausdrücklich, daß der Eigentumsübergang ohne weiteres mit der Einbringung der Ersatzware in das Warenlager erfolgt[111]); ein Ergebnis, das schon deshalb berechtigt erscheint, weil es den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten gerecht wird.

Rühl[112]) läßt die Frage, ob ein antizipiertes Besitzkonstitut zulässig ist, offen; meint aber, man müsse, wenn man die Zulässigkeit bejahe, zum mindesten — wie einige Reichsgerichtsentscheidungen (siehe unten S. 00) — noch „einen besonderen Willensakt" (bei Einlagerung der Ware) fordern. Dem wird man zustimmen müssen, wenn es sich um einen Tatbestand der Vertretung handelt, der aber nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. In dem hier erwähnten Falle — Übereignung eines Warenlagers an eine kreditgebende Bank — scheint mir meist nicht von einer Vertretung gesprochen werden zu können; der Kaufmann will in der Praxis nicht als Vertreter (auch nicht als mittelbarer Vertreter) der Bank fungieren, sondern er will als Eigentümer der Ware — richtiger als zukünftiger Eigentümer — eine Übereignung (bedingte) an die Bank vornehmen. Daraus folgt allerdings, daß in solchem Falle ein direkter

---

[111]) RG. in J.W. 1911, 762,[21]; RG. in Warn. Rspr. 1908, Nr. 61 und 62; ebenso oder ähnlich: RGR.-Komm. § 930 A. 2; Staudinger, § 930, 1, b, (S. 459 unten); Cosack, II, 1, S. 169 (§ 40); Warneyer, § 930 Bem. III; Enneccerus, Allg. T., § 167 III, 3 u. A 5; Wolff in Enneccerus S.R. § 67 I 2; in der Auflage von 1929 hatte Wolff noch juristische und wirtschaftliche Bedenken. **a. A.,** allerdings verschiedene: u. a. Planck, § 930 A. 4 und 5 (S. 369—371); F. Leonhard, Fahrniserw., S. 46/47 und Lehrb., S. 132, sowie die bei Warneyer, § 930 Bem. III A. 7 angeführte Literatur.

[112]) S. 52.

Eigentumserwerb der Bank (Erwerb vom Veräußerer) nicht möglich ist, daß vielmehr der Kaufmann zunächst selbst Eigentum erwirbt. Da er aber bereits vorher eine bindende bedingte Übereignung an die Bank vorgenommen hat, erwirbt die Bank im gleichen Moment ipso iure Eigentum. „Einen besonderen Wiliensakt" zu fordern, läßt sich mit dem Wesen eines bedingten Verfügungsgeschäftes — so wie es hier dargestellt ist und wie es auch *Rühl* (S. 87, 2, S. 194, 4 und S. 208 unten) auffaßt — nicht vereinigen (siehe auch unten). Daß der Kaufmann nicht als Vertreter für die Bank, sondern selbst Eigentum erwerben will und nur im Vorwege eine bedingte Übereignung vornehmen, zeigt m. E. auch die Tatsache, daß der Kaufmann — es handelt sich um einen Selbsthändler, nicht um einen Kommissionär! — die übereignete Ware nicht völlig aus den Händen geben will; er übereignet nur „zur Sicherheit", also mit der Maßgabe, daß das Eigentum nach Abdeckung des Kredites an ihn zurückfällt, entweder durch Rückübertragung seitens der Bank oder durch vorherige dingliche Vereinbarung (gleichzeitige auflösend bedingte Übereignung).

In den übrigen in Anmerkung 117 auf S. 48 genannten Entscheidungen findet sich zwar ebenfalls die Bejahung der bedingten Übereignung mittels bedingten Besitzkonstituts, aber es wird nicht immer deutlich genug betont, daß es sich bei einer solchen Übereignung um ein bedingtes Verfügungsgeschäft handelt, nicht um ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft, und daß infolgedessen lediglich die Bedingung einzutreten, also lediglich die neue Ware auf das Lager gebracht zu werden braucht, um den Eigentumsübergang herbeizuführen. Es ist daher falsch, wenn das Reichsgericht in anderen Entscheidungen davon spricht, daß der Verfügende im Augenblick seines eigenen Erwerbs das Eigentum „auf den Vertragsgegner übertragen" solle[113]) — die „Übertragung", nämlich die Verfügung ist bereits bei Abschluß des Geschäftes vorgenommen, so daß der Eigentumserwerb bei Eintritt der Bedingung ipso iure, nicht also durch Übertragung, erfolgt —, oder wenn das Reichsgericht einmal sogar ausdrücklich verlangt[114]), daß der Wille des Veräußerers noch zur Zeit der Einlagerung der Ware vorliegen müsse. Dieses Verlangen ist unvereinbar mit einem bedingten Verfügungsgeschäft, dessen Bedeutung im Gegensatz zum bedingten Verpflichtungsgeschäft — wie oben ausführlich gezeigt wurde[115]) — gerade darin besteht, daß die Wirkungen der Verfügung ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien eintreten und lediglich von einem äußeren Moment abhängig sind, nämlich nur noch von dem Eintritt der Bedingung.

---

[113]) RG. in Gruchot 53, 1049 (1909) und RG. in Warn. Rspr. 1912, Nr. 213.
[114]) RG. in JW. 1912, 144, [21].
[115]) Siehe S. 29 ff., insbes. S. 33—35 und S. 19 ff., insbes. S. 21/22.

Die neu gekaufte und eingelagerte Ware geht auf Grund der vorweggenommenen, bedingten Verfügung in dem gleichen Augenblicke in das Eigentum der Bank über, gleichgültig, ob der Kreditnehmer mit dieser Wirkung einverstanden ist oder nicht; er ist an seine bedingte Verfügung genau so gebunden wie an eine unbedingte Verfügung.

Nur, wenn man die bedingte Übereignung mittels bedingten Besitzkonstitutes in dieser konsequenten Form anerkennt, wird man den wirtschaftlichen Interessen des kreditgebenden Institutes gerecht, welches auf Grund der bindend getroffenen Abreden die jeweiligen Warenbestände als Sicherheit für den gewährten Kredit in Händen haben will, ohne von dem jeweiligen Willen des Vertragsgegners abhängig zu sein.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist dahin zusammenzufassen, daß eine gültige bedingte Übereignung nach § 930 BGB. nur voraussetzt, daß zur Zeit der Verfügung beide Parteien erklären, daß das Eigentum bei Eintritt einer bestimmten Bedingung übergehen soll, und daß gleichzeitig ein Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB. vereinbart wird. Die Wirkung des Rechtsverhältnisses nach § 868, also der mittelbare Besitz, beginnt — je nach dem Willen der Parteien — entweder sofort, also unbedingt, oder aber erst mit Eintritt der von den Parteien gesetzten Bedingung; sie muß aber spätestens in dem Augenblicke beginnen, wo das Eigentum übergehen soll; anderenfalls liegt keine gültige bedingte Übereignung vor, da die Erfordernisse einer unbedingten Übereignung, nämlich Einigung und Besitz, vor, bzw. im Augenblicke des Eigentumsüberganges nicht erfüllt sind.

d) § 931 BGB.

Der vierte Fall der Eigentumsübertragung ist im § 931 BGB. enthalten und auch diese Eigentumsübertragung kann wie jede andere Eigentumsübertragung unter Hinzufügung einer Bedingung vorgenommen werden. Diese bedingte Übereignung nach § 931 BGB. wird in der Literatur seltener und kürzer behandelt[116]) als die bedingte Übereignung nach § 930. Dies kann auch nicht wundernehmen, weil diese Form der bedingten Übereignung ohne neue Begründung von jedem bejaht werden kann und muß, der die bedingte Übereignung nach § 930 für zulässig hält; denn es herrscht Einigkeit über den Grundsatz, daß alle Möglichkeiten einer unbedingten Übereignung auch für die bedingte Übereignung zugelassen werden müssen.

Auf Grund der Ähnlichkeit der Fälle des § 930 und des § 931 — in beiden entsteht ein Herausgabeanspruch, und zwar entweder

[116]) Flatau, S. 51; Planck, § 931 A. 3 a (S. 373); Stintzing, S. 132; v. Tuhr, Bd. III, S. 285 A 100 und S. 306; Brecht, S. 285.

gegen den Übereignenden selbst (§ 930) oder gegen einen Dritten, gegen den der Übereignende seinerseits einen Herausgabeanspruch hat (§ 931) — läßt sich daher auch die Frage, ob die Abtretung des Herausgabeanspruches unter einer Bedingung erfolgen darf, leicht beantworten. Sie muß trotz der ohne weitere Begründung erklärten Ablehnung seitens der wenigen Schriftsteller[117]), die diese Frage behandeln, aus den gleichen Gründen bejaht werden, aus denen die Zulässigkeit des bedingten Besitzkonstituts bejaht wurde. Die Abtretung eines Herausgabeanspruches ist ein Rechtsgeschäft, jedes Rechtsgeschäft verträgt aber die Hinzufügung einer Bedingung. Auch die Ausführungen *Flataus* vermögen diesen Grundsatz nicht aus der Welt zu schaffen. *Flatau* trifft die Erwägung, daß im Falle des § 931 der frühere Eigentümer nicht mehr für die Herausgabe der Sache legitimiert sein dürfe, es aber doch während der Schwebezeit sei, wenn die Abtretung nur bedingt erfolge.

Es ist sicherlich richtig, daß der „frühere Eigentümer" nicht mehr für die Herausgabe der Sache legitimiert sein soll; das steht aber einer bedingten Abtretung nicht im Wege, weil der bedingt Übereignende während der Schwebezeit noch nicht „früherer Eigentümer" ist, sondern jetziger Eigentümer. Ein Verbot dahin, daß dem jetzigen Eigentümer kein Herausgabeanspruch mehr zustehen darf, läßt sich beim besten Willen aus § 931 nicht herauslesen; dieser Paragraph verlangt lediglich den Übereignungsvertrag und die Abtretung des Herausgabeanspruches, wodurch für den Erwerber ein mittelbarer Besitz begründet werden soll, der als Wirkung der Cession spätestens — entsprechend den Ausführungen zu § 930 über das bedingte Besitzkonstitut[118]) — ipso iure in dem Augenblicke zur Entstehung kommen muß, wo der Eigentumsübergang vor sich gehen soll.

Ferner meint *Flatau*[119]), bei einer bedingten Abtretung könne der Eigentümer von seinem Herausgabeanspruch Gebrauch machen, und es trete dann die unmögliche Folge ein, daß der Eigentumserwerb lediglich auf Grund einer Einigung vor sich geht. Ein solcher Eigentumsübergang ist allerdings nach den in den §§ 929 ff. enthaltenen Grundsätzen ausgeschlossen, weil irgendwann für den bedingten Erwerber der mittelbare oder unmittelbare Besitz entstehen muß.

Dieses Ergebnis spricht aber nicht gegen die Zulässigkeit einer bedingten Abtretung. Sicherlich ist die unbedingte Abtretung für den Erwerber günstiger als die bedingte, weil bei der bedingten Ab-

---

[117]) Nämlich Planck, § 931 A. 3 a (S. 373); Brecht, S. 285; Flatau, S. 52; bejaht nur von Rühl S. 86, allerdings auch ohne Begründung und Widerlegung der Gegner.

[118]) Siehe S. 56 ff., insbesondere S. 67.

[119]) S. 53.

tretung der Eigentumsübergang, abgesehen von dem Eintritt der dem Eigentumsübergang hinzugefügten Bedingung, auch noch von dem Eintritt der weiteren Bedingung abhängig ist, daß der mittelbare Besitz entsteht; dieser Nachteil macht aber die bedingte Abtretung nicht unzulässig. Denn, wenn der bedingt Übereignende den ihm noch zustehenden Herausgabeanspruch trotz der Anwartschaft des Erwerbers geltend macht, so ist das ein tatsächlicher Vorgang, der zwar den Eintritt der Bedingung und damit den gewollten Rechtserfolg verhindert, aber nicht nachträglich die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu beeinflussen vermag. Eine Verhinderung des Rechtserfolges durch Verhinderung des Eintritts der Bedingung ist auch bei anderen bedingten Rechtsgeschäften denkbar und kann daher kein Argument gegen die Gültigkeit einer bedingten Abtretung sein. Meist wird überdies die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Eigentümer als eine Verhinderung des Eintritts der Bedingung wider Treu und Glauben i. S. des § 162 BGB. angesehen werden müssen, so daß die Bedingung als eingetreten gilt und folglich der Erwerber mit Eintritt der dem Eigentumsübergange gesetzten Bedingung Eigentum erwirbt, obwohl er keinen mittelbaren Besitz erlangt hat. Im Hinblick auf § 162 scheint daher die Folge, daß der Erwerber nur auf Grund einer bedingten Einigung Eigentum erwirbt, gar nicht so unmöglich, wie *Flatau* annimmt, sondern in diesem Spezialfall wohl denkbar, weil der sonst unumgängliche zum Eigentumserwerb erforderliche Besitzerwerb durch die Fiktion des § 162 ersetzt wird.

Die praktische Bedeutung, bei einer bedingten Übereignung nach § 931 die bedingte Abtretung des Herausgabeanspruches zuzulassen, besteht darin, daß sie dem bedingt Übereignenden die Möglichkeit gibt zu verhindern, daß der Erwerber vor Eintritt der Bedingung, also meist vor Bezahlung der Ware, den Herausgabeanspruch geltend macht und dadurch in den unmittelbaren Besitz der Ware gelangt; sowie darin, daß, falls der Erwerber seinerseits während der Schwebezeit eine unbedingte Übereignung nach § 931 vornimmt, der gutgläubige Erwerb eines Dritten zur Zeit der Abtretung ausgeschlossen ist, weil durch den guten Glauben lediglich das fehlende Eigentum ersetzt wird, nicht aber der fehlende Herausgabeanspruch. Denn der Erwerber ist während der Schwebezeit infolge der bedingten Abtretung noch nicht mittelbarer Besitzer, hat also noch keinen Herausgabeanspruch, und § 934 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß im Falle einer Übereignung nach § 931 der gutgläubige Erwerb im Augenblicke der Abtretung nur möglich ist, wenn der Veräußernde — hier also derjenige, der bedingt erwirbt — zur Zeit der Abtretung den mittelbaren Besitz an der Sache hat.

Ein praktisches Beispiel möge dies erläutern. Im Großhandel ist es üblich, große Warenpartien bei einem Lagerhalter einzulagern

und sich bis zum Verkauf der Ware von einer Bank einen etwa 80%igen Vorschuß geben zu lassen unter Übereignung der Ware zur Sicherung der Bank. Diese Übereignung ist eine unbedingte Übereignung gemäß § 931, bei der meist die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Lagerhalter durch Übergabe eines Lagerscheins dokumentiert wird. Hat nun der Großhändler die Ware weiterverkauft, so wird er sich — falls er den Vorschuß aus eigener Tasche nicht zurückzahlen kann oder will — an seine Bank wenden müssen, weil er nicht die Möglichkeit hat, die zur Zeit der Bank gehörige Ware an seinen Käufer zu übereignen. Nunmehr übersendet die Bank den Lagerschein dem Käufer zu getreuen Händen und schreibt gleichzeitig, die Ware werde an den Käufer übereignet, aber der Käufer müsse sich der Verfügung über die Lagerscheine bis zum Eingange des Kaufpreises bei der Bank enthalten.

Dieser Vorgang stellt sich als eine bedingte Übereignung nach § 930 unter gleichzeitiger bedingter Abtretung des Herausgabeanspruches dar, weil die Bank die Eigentumsverfügung sofort vornimmt, aber ausdrücklich bestimmt, daß der Eigentumsübergang erst nach Eingang der Zahlung erfolgen soll und der Lagerschein bis dahin nur zu getreuen Händen überreicht wird. Der Erfolg dieser Maßnahme besteht darin, daß — da die Bank dem Lagerhalter von der Übersendung des Lagerscheins zu getreuen Händen, also von der nur bedingten Abtretung des Herausgabeanspruches Mitteilung machen kann — der Käufer nicht in der Lage ist, während der Schwebezeit die Ware von dem Lagerhalter herauszubekommen; bei unbedingter Abtretung — wie *Brecht, Planck* und *Flatau*[120]) sie verlangen — müßte der Lagerhalter die Ware trotz noch nicht erfolgten Eigentumsüberganges herausgeben, weil der Herausgabeanspruch abgetreten ist. Ein weiterer Vorteil für die kreditgebende Bank liegt darin, daß ein gutgläubiger Dritter die Ware nicht erwerben kann, solange sie sich noch auf dem Lagerhause befindet; denn, wie erwähnt, ist gemäß § 934 ein gutgläubiger Erwerb zur Zeit der Abtretung, also durch Übergabe des Lagerscheins (ohne Übergabe der Ware) nur möglich, wenn der Veräußerer mittelbaren Besitz hat[121]).

Für die Sicherheit der Banken und Kreditinstitute, welche größere Warenpartien bevorschussen, ist es demnach von ausschlaggebender Bedeutung, daß bei einer bedingten Übereignung auch die Abtretung eines Herausgabeanspruches bedingt erfolgen kann; andernfalls wäre es für jede Bank außerordentlich gefährlich, den Lager-

---

[120]) Siehe Anm. 117 auf S. 52.

[121]) Gedacht ist an den Privatlagerschein; beim Orderlagerschein der staatlich ermächtigten Anstalten (§ 363 HGB.) liegt es anders, da die Übergabe eines Orderlagerscheins gemäß § 424 HGB. wie die Übergabe der Ware selbst wirkt.

schein vor Bezahlung zu übersenden, wie es im Großhandel zwecks schneller Abwicklung der Geschäfte üblich ist. Diese Gesichtspunkte kommen naturgemäß nicht nur für Kreditinstitute in Betracht, sondern für jeden Großkaufmann, der Warenpartien bei einem Lagerhalter eingelagert hat und die Ware unter Übersendung des Lagerscheins zu getreuen Händen unter der Bedingung übereignet, daß die Ware bis zu einem bestimmten Zeitpunkte bezahlt wird.

IV. Die Verfügung des bedingten Erwerbers[122]).

1. Die Übertragung der Anwartschaft ist unzulässig.

Im kaufmännischen Leben sind die beiden Hauptfälle der bedingten Übereignung — wie in dieser Arbeit bereits zum Ausdruck kam — der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB.) und die Sicherungsübereignung an Bankinstitute.

Der Großhändler, dem die Lieferfabrik Waren unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, will die Ware weiterverkaufen, bevor er sie bezahlt hat. Im allgemeinen wird dem Händler dieses Recht durch besondere Vereinbarung zugestanden[123]), weil es unkaufmännisch gedacht wäre und der Lieferfabrik keinen Vorteil brächte, die Ware fest auf dem Lager liegen zu lassen, obwohl sie weiß, daß der Händler nur bei dauerndem Umsatz in der Lage sein wird, seine Schulden abzudecken und — das Hauptinteresse der Lieferfabrik — neue Ware zu kaufen. Ist dem Händler das Recht gegeben, über die Ware als voller Eigentümer zu verfügen, obwohl er nur bedingter Erwerber ist, so hat der Fall für die vorliegende Arbeit keine Besonderheit mehr, weil der kaufende Dritte im Hinblick auf das volle Verfügungsrecht des bedingten Erwerbers sofort Eigentum erwirbt, und dieser Eigentumsübergang sich als eine erlaubte unbedingte Übereignung des bedingten Erwerbers darstellt.

Anders liegt es in dem Falle, wo der Händler die zunächst auf seinem Namen bei einem Dritten lagernde Ware zur Sicherung eines Kredites der kreditgebenden Bank übereignet hat. Hier hat zwar auch der Händler den verständlichen Wunsch, die Ware auch ohne Rückzahlung des Kredites möglichst bald umzusetzen, er ist jedoch in den meisten Fällen zu einer Übereignung nicht befugt, weil die Bank lediglich ein Interesse an der Bezahlung der Zinsen

---

[122]) Die sprachlich nicht ganz korrekte Ausdrucksweise „der bedingte Erwerber" sei hier und im folgenden gestattet, um den zwar sprachlich richtigen, aber unschönen Ausdruck „der bedingt Erwerbende", sowie auch den konstruktionell nicht für die bedingte Übereignung passenden Ausdruck „der bedingt Berechtigte" zu vermeiden; der „bedingte Erwerber" entspricht dem in Literatur und Rechtsprechung häufig benutzten Ausdrucke „bedingtes Eigentum", der ebenfalls nicht ganz korrekt ist, da nicht das Eigentum, sondern der Eigentumserwerb bedingt wird.

[123]) Siehe Rühl, S. 20 und 39 ff.

und der Sicherung des Kapitals hat, während ihr das die Lieferfabriken zu einer anderen Einstellung bewegende Interesse an einer Neubestellung von Ware fehlt.

Der Händler kann sich nun in der bereits oben erwähnten Form[124]) dadurch helfen, daß er die Übereignung der Ware durch die Bank vornehmen und seinen Käufer direkt an die Bank zahlen läßt, ein Vorgang, der sich — wie bei der früheren Besprechung gezeigt[125]) — rechtlich als bedingte Übereignung nach § 931 seitens der Bank darstellt. Dieser Weg hat aber den Nachteil, daß er nur möglich ist, wenn sich die Bank auf den dritten Käufer verlassen zu können glaubt — der dem Käufer übersandte Lagerschein gibt ihm eine gewisse Legitimation, die häufig mißbraucht wird, um sich auf die noch in fremdem Eigentum stehende Ware bei anderen Banken Kredit zu verschaffen; die Rechtsstellung der übereignenden Bank ist dagegen erschwert, da sie das Legitimationspapier aus den Händen gegeben hat; und den ferneren Nachteil, daß ein Großkaufmann ihn ungern beschreitet, weil seine Abhängigkeit von einer bestimmten Bank allzu sehr in die Erscheinung tritt. Es bleibt also in diesem Falle ein Interesse des Großhändlers, über die Ware vor Bezahlung selbständig bindend verfügen zu können, da sein Käufer den Kaufvertrag nur abschließen wird, wenn er die Gewißheit hat, daß er mit Bezahlung auch sofort Eigentum erwirbt. Da aber der Händler selbst erst mit Bezahlung an die Bank Eigentümer der Ware wird, so wird er dem Käufer auferlegen, die Zahlung an die betreffende Bank zu leisten; dies ist für den Händler nicht kreditschädigend, weil die Zahlung an eine Bank für Rechnung ihres Kunden im Handelsverkehr das Übliche ist. Der Käufer wird dann nach Bezahlung der Ware sofort Eigentümer.

Ist nun dieser Vorgang eine neue berechtigte Eigentumsverfügung des bedingten Erwerbers oder ist er nichts weiter als die Übertragung der dem bedingten Erwerber zustehenden Anwartschaft?

Man ist zunächst geneigt, das Letzte anzunehmen, weil die Anwartschaft während der Schwebezeit das einzige ist, was der bedingte Erwerber bereits hat. Es wurde früher festgestellt[126]), daß infolge der gesetzlichen Schutzbestimmungen und der Konstruktion des bedingten Rechtsgeschäftes die Anwartschaft als ein Recht oder als eine Zusammensetzung mehrerer Rechte angesehen werden muß. Aus dieser Auffassung, die als die herrschende Lehre gelten kann, ist anscheinend zu folgern, daß eine Übertragung der Anwartschaft möglich ist, weil grundsätzlich gemäß § 413 BGB. in Verbin-

[124]) Siehe S. 53 unten.
[125]) Ebenda.
[126]) S. 22—27.

dung mit § 398 jedes Recht auf einen Dritten übertragen werden kann, wenn es nicht ausdrücklich verboten ist.

Dementsprechend ist die Übertragbarkeit der Anwartschaft von der herrschenden Lehre anerkannt[127]) worden, allerdings auffallenderweise häufig mit dem Zusatze, die Übertragung der Anwartschaft müsse in der gleichen Weise erfolgen wie die Übertragung unbedingten Eigentums, also gemäß den §§ 929 ff. BGB.[128]). Diese Ansicht kann unmöglich richtig sein, weil die Anwartschaft ein Recht ist und folglich die Behauptung, die Anwartschaft müsse durch Einigung und Übergabe einer Sache übertragen werden, einen Verstoß gegen die §§ 413 und 398 BGB. enthält; ein Recht wird nicht durch Einigung und Übergabe übertragen — was sollte auch übergeben werden? — sondern durch Cession, also durch einfache Einigung. Die §§ 929 ff. gelten nur für das Eigentumsrecht, die Anwartschaft ist aber kein Eigentumsrecht, sie ist nur die Rechtsstellung eines bedingten Erwerbers, der die Gewißheit hat, bei Eintritt der Bedingung ein Eigentumsrecht als Wirkung einer früheren Verfügung zu erlangen. Auch hier zeigt sich wieder, wie gefährlich es ist, wenn die Anwartschaft als vorläufige Wirkung der bedingten Übereignung nicht streng getrennt wird von dem Eigentumsrecht als der endgültigen, erst bei Eintritt der Bedingung beginnenden Wirkung der bedingten Übereignung.

Die Übertragung der Anwartschaft kann sich lediglich nach den §§ 398 ff. richten und hätte, wenn sie zulässig wäre, durch Cession, also durch einen einfachen Vertrag, zu erfolgen. Die Übertragung der Anwartschaft ist aber — und damit muß ich mich in Gegensatz zu der herrschenden Meinung setzen — auf Grund positiver gesetzlicher Vorschrift, nämlich auf Grund des § 399 BGB. unzulässig. § 399 bestimmt in Verbindung mit § 413, daß ein Recht nicht übertragen werden kann, wenn sich der Inhalt dieses Rechtes durch die Übertragung verändern würde. Das aber wäre der Fall; denn die herrschende Lehre will durch die Übertragung der Anwartschaft erreichen, daß bei Eintritt der Bedingung nicht mehr der bedingte Erwerber, also der Cedent, sondern vielmehr der Cessionar Eigen-

---

[127]) Cosack, Bd. I, S. 218, b; Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 1203; Enneccerus, Allg. T. § 184 II, 1 und Enneccerus-Wolff, S.R. § 66 N. 9 a E.; Flatau, S. 67; Kipp bei Windscheid, Anhg. zu § 89, S. 470, 3; Kuhnt, Die Vollstreckung, S. 10; Liebrecht in KG.Bl. 05, 14; Motive, Bd. I, S. 256; Planck, § 158 N. 2 und 6; Rühl, S. 97; Staudinger, Vorbem. 9 vor § 158 (S. 657); Strohal in Festg. f. Degenkolb, S. 145; **a. A.:** Brecht, S. 288, aber folgerichtig, weil Brecht die Rechtsnatur der Anwartschaft verneint.

[128]) So Emmerich, S. 492 ff.; Enneccerus-Wolff, S.R. a. a. O.; Liebrecht, a. a. O.; Kuhnt, ebenda, S. 11; Rühl, a. a. O.; Flatau, S. 67 und 69; offenbar auch Staudinger, a. a. O., der den Zusatz macht, daß die Anwartschaft übertragbar sei, soweit das unbedingte Recht — womit das Eigentum gemeint sein muß — übertragbar ist.

tum erwirbt[129]). Die Anwartschaft, die infolge einer bedingten Übereignung entsteht, ist aber keine Rechtsstellung, auf Grund deren irgend jemand oder auch nur derjenige, der die Zahlung leistet, also die Bedingung erfüllt, bei Eintritt der Bedingung Eigentum erwirbt, sondern eine Rechtsstellung, durch die niemand anders bei Eintritt der Bedingung Eigentum erwerben kann als der ursprüngliche bedingte Erwerber.

Dieser Inhalt der Anwartschaft läßt sich nicht durch einen Vertrag des bedingten Erwerbers mit einem Dritten verändern, zumal der Eigentumserwerb bei Eintritt der Bedingung ipso iure erfolgt und daher nur auf zweierlei Weise verhindert oder abgeändert werden kann; durch den Ausfall der Bedingung oder durch einen neuen aufhebenden Vertrag zwischen den Beteiligten selbst, also zwischen dem bedingten Erwerber und demjenigen, der bedingt übereignet hat. Ein einseitiges Vorgehen des bedingten Erwerbers kann ebensowenig einen Einfluß auf die bereits gültige, noch nicht wirksame Verfügung ausüben, wie der Verfügende seine gültige Verfügung nicht einseitig rückgängig machen kann. Die Verfügung ist in ihrer Wirkung unabänderlich dahin festgelegt, daß bei Eintritt der Bedingung der bedingte Erwerber Eigentum erlangt. Die Übertragung der Anwartschaft ist also gemäß § 399 unzulässig, da sie den Inhalt der Anwartschaft verändern soll[130]).

Wird von den Parteien trotzdem in Unkenntnis dieser Rechtslage eine Cession der Anwartschaft vorgenommen, so ließe sich diese Cession höchstens dahin auslegen, daß bei Eintritt der Bedingung für den Cessionar ein obligatorischer Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Cedenten entsteht; eine dingliche Wirkung, also ein Eigentumsübergang ipso iure auf den Cessionar, ist auch deshalb unmöglich, weil die zum Eigentumserwerb erforderliche Einigung nicht zwischen dem bedingt Übereignenden und dem Cessionar, sondern zwischen dem bedingt Übereignenden und dem Cedenten getroffen ist, und weil infolge des in den §§ 929 ff. enthaltenen Grundsatzes ein Eigentumsübergang nicht erfolgen kann, ohne daß der Erwerber — hier der Cessionar — den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erlangt.

An dieser Stelle muß eine Bemerkung über die Stellung des Erben des bedingten Erwerbers eingeschaltet werden, da sich die Vererblichkeit eines Rechtes im allgemeinen mit der Übertragbarkeit deckt und daher die Meinung aufkommen könnte, als sei die

---

[129]) Meist von der herrschenden Lehre als selbstverständlich angenommen, obwohl doch ein direkter Eigentumsübergang von dem Eigentümer auf den Cessionar nur durch die entsprechende Willenserklärung des Eigentümers möglich ist, also nur durch einen Übereignungsvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Cessionar.

[130]) Siehe hierzu auch unten S. 65/66.

Anwartschaft nicht vererblich, weil sie nach den vorstehenden Ausführungen nicht übertragbar ist. Das wäre ein falscher Schluß, weil der Grundsatz: jedes übertragbare Recht ist auch vererblich, nicht ohne weiteres ins Negative umgewandelt werden kann. Denn der Erbe tritt in vollem Umfange in die Rechtsstellung des Erblassers ein, so daß für den direkten Eigentumserwerb des Erben die Erklärung des Eigentümers, das Eigentum auf den Erblasser bedingt zu übertragen, genügt; ferner kommt noch hinzu, daß der Erbe im Gegensatz zum Cessionar kraft Gesetzes (§ 857 BGB.) Besitz erwirbt, so daß die Grundlagen für den Eigentumserwerb des Erben geschaffen sind[131]).

2. Die Verfügung des bedingten Erwerbers ist eine selbständige bedingte Übereignung.

Um auf den Ausgangspunkt dieser Untersuchung zurückzukommen: Will der bedingte Erwerber schon während der Schwebezeit bindend über die Ware verfügen, so vermag er dies nicht durch Übertragung seiner Anwartschaft, die bei Eintritt der Bedingung erlischt, sondern nur durch eine neue bedingte Übereignung, durch eine selbständige Verfügung, die von der Anwartschaft unbeeinflußt bleibt. Diese zweite bedingte Übereignung muß an die Bedingung geknüpft werden, daß der bedingte Erwerber, d. i. der neu Verfügende, selbst Eigentum erwirbt, also an die gleiche Bedingung, auf welcher die erste Verfügung beruht, oder evtl. an eine später eintretende Bedingung; bei einer früheren Bedingung würde keine gültige bedingte Übereignung vorliegen, weil der Grundsatz gilt: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Der bedingte Erwerber kann das Eigentum einem Dritten nicht früher verschaffen, als er es selbst erwirbt[132]).

Diese bedingte Übereignung eines bedingten Erwerbers hat wie jede bedingte Übereignung entsprechend den §§ 929 ff. zu erfolgen; welche von den in diesen Paragraphen enthaltenen vier Formen vorgenommen wird, liegt in der Wahl der Parteien. Meist wird allerdings nur eine bedingte Übereignung nach § 931 möglich sein, wenn nämlich der Verfügende selbst nur nach den §§ 930 und 931 bedingt erwirbt, also nur mittelbaren Besitz erhält und daher auch dem Zweiterwerber nur mittelbaren Besitz durch die Abtretung seines Herausgabeanspruches gegen den Eigentümer (z. B. Bank), bzw. gegen den unmittelbar besitzenden Dritten (z. B. Lagerhalter) ver-

[131]) In der Wissenschaft wird — entsprechend ihrer Ansicht, daß die Anwartschaft ein übertragbares Recht sei — die Vererblichkeit der Anwartschaft ohne weiteres anerkannt. Siehe Anm. 127 auf S. 57.

[132]) Auf die selbstverständliche, unter den Voraussetzungen des § 932 immer mögliche Ausnahme des gutgläubigen Erwerbs braucht nur der Vollständigkeit halber beiläufig hingewiesen zu werden.

schaffen kann. In diesen Fällen wäre vielleicht noch eine bedingte Übereignung nach § 930 denkbar, indem der bedingte Erwerber seinem Käufer zweitstufigen mittelbaren Besitz einräumt.

Diese bedingte Übereignung des bedingten Erwerbers wird teilweise in der Literatur für unzulässig erklärt, weil es dem bedingten Erwerber in der Regel nicht gestattet sei, den Besitz der Sache auf einen Dritten zu übertragen[133]). *Brecht* begründet diesen Standpunkt genauer und führt die §§ 549, 603, 691 BGB. an, wonach es dem Mieter, Entleiher und Verwahrer untersagt ist, die Sache einem Dritten zu übergeben. Diese Gesetzesvorschriften verbieten zwar, den Besitz zu übertragen, sie machen aber nicht ein in Verbindung mit der verbotenen Übertragung vorgenommenes Rechtsgeschäft ohne weiteres nichtig; der Verstoß gegen die §§ 549, 603 oder 691 hat vielmehr sehr viel harmlosere Folgen, nämlich die Folge, daß der Vermieter auf Unterlassung klagen oder das Mietverhältnis kündigen kann, daß der Verleiher nach Beendigung der Leihe die Sache auch von dem Dritten zurückfordern oder sofort den Leihvertrag kündigen kann, sowie, daß der Hinterleger ebenfalls die Sache von dem Dritten herausverlangen kann. Hieraus ergibt sich, daß bei unbefugter Überlassung des Besitzes zwar unangenehme Folgen durch ein Eingreifen des Eigentümers eintreten können, daß aber keineswegs die bedingte Übereignung von vornherein aus diesem Grunde unzulässig sein muß. Das Rechtsgeschäft zwischen dem bedingten Erwerber und dem Zweiterwerber bleibt gültig, weil der Verstoß gegen das Übertragungsverbot lediglich obligatorische Folgen zeitigt.

Daß es sich bei den genannten Gesetzesbestimmungen nur um obligatorische Folgen handelt, zeigt schlagend § 137 BGB., der zur Anwendung kommt, weil das Verbot, den Besitz einem Dritten zu überlassen, aus dem mittelbaren Besitzverhältnisse zwischen dem Eigentümer und dem bedingten Erwerber, also aus einem Rechtsgeschäfte, hergeleitet wird. Ein rechtsgeschäftliches Verbot bewirkt aber keine dingliche Nichtigkeit, sondern hat nach § 137 nur zur Folge, daß derjenige, gegen den das Verbot gerichtet ist, für den aus seinem Verstoß entstehenden Nachteil einzustehen hat. *Enneccerus*[134]) hebt daher im Gegensatz zu den genannten Schriftstellern mit Recht hervor, daß der bedingte Erwerber das bedingte Eigentum (etwa unter der gleichen Bedingung) „weiter übertragen k a n n (woraus freilich nicht hervorgeht, daß er es in allen Fällen d a r f)". Ferner ist der Gegenansicht noch vorzuhalten, daß dieses Übertragungsverbot doch höchstens bei der Übereignung gemäß § 929 von Bedeutung sein kann, und daß es daher der bedingte Er-

[133]) Brecht, S. 89; v. Tuhr, Bd. III, S. 297 A. 39; Dernburg, Bd. I, S. 457 und Anm. 4.

[134]) Allg. T. § 184 II, 1 N 1a; ebenso Flatau, S. 67.

werber gar nicht nötig hat, gegen das rechtsgeschäftliche Übertragungsverbot zu verstoßen, da er in der Lage ist, die bedingte Übereignung gemäß § 930 vorzunehmen, also dem Zweiterwerber keinen unmittelbaren, sondern nur mittelbaren Besitz einzuräumen.

Durchschlagend ist das Übertragungsverbot — wie *Flatau* erwähnt[135]) — allerdings in dem Falle, wo der bedingte Erwerber gemäß § 931 BGB. erwerben soll, also nur einen Herausgabeanspruch gegen einen Dritten (Lagerhalter) hat; denn die Abtretung eines Anspruches kann gemäß § 399 zwingend untersagt werden. Auch in diesem Falle vermag sich der bedingte Erwerber — was *Flatau* übersieht — ebenfalls wieder durch eine bedingte Übereignung nach § 930 zu helfen, bzw. dadurch, daß er die Abtretung des Herausgabeanspruches von der gleichen Bedingung wie den Eigentumsübergang selbst abhängig macht, also die Wirkung der Abtretung erst mit dem Eigentumsübergang eintreten läßt; denn die Bestellung eines mittelbaren Besitzes ist ihm ebensowenig verboten wie eine Abtretung, deren Wirkung erst beginnt, wenn das Interesse des Eigentümers (der Bank) erlischt, nämlich im Augenblicke des Eigentumsüberganges.

Die oben erwähnten Schriftsteller[136]), welche die §§ 929 ff. bei der Übertragung der Anwartschaft angewandt wissen wollen, haben nach Vorstehendem insofern recht, als tatsächlich diese Paragraphen von dem weiter verfügenden bedingten Erwerber beobachtet werden müssen. Falsch ist nur ihre Meinung, daß dieser Vorgang die Übertragung einer Anwartschaft sei. Diese Ansicht ist nicht nur wegen ihrer konstruktiven Unzulänglichkeit zu bekämpfen, sondern auch weil sie praktisch zu einem anderen Ergebnis führt.

Nennt man die Verfügung des bedingten Erwerbers die Übertragung einer Anwartschaft, so entstehen durch diese Cession — jedenfalls nach Anzeige bei dem Eigentümer (Bank) — wechselseitige Rechtsbeziehungen zwischen dem Eigentümer und dem Zweiterwerber, die dem Eigentümer in den meisten Fällen nicht angenehm sein werden, wenn ihm der Zweiterwerber unbekannt ist. Ferner — und das ist das Wichtigere — tritt bei einer Cession der Cessionar vollkommen an die Stelle des Cedenten, was bei einer Cession der Anwartschaft nach dem Willen der genannten Schriftsteller bedeutet, daß der Cessionar alleiniger Anwärter wird, also bei Eintritt der Bedingung direkt Eigentum erhält; der erste Anwärter ist vollkommen ausgeschaltet.

Anders gestaltet sich der Eigentumserwerb, wenn man — wie hier geschehen — die Cession der Anwartschaft für unzulässig hält und die Verfügung des bedingten Erwerbers als eine neue,

---

[135]) S. 68.

[136]) Siehe Anm. 128 auf S. 57.

selbständige bedingte Übereignung ansieht. Dann bleibt nämlich die Anwartschaft, die darauf gerichtet ist, daß der bedingte Erwerber Eigentum erwirbt, bestehen, und es erwirbt daher — wenn die beiden Verfügungen an die gleiche Bedingung, z. B. an die Bezahlung des Kaufpreises, gebunden sind und der Zweiterwerber, wie in solchen Fällen üblich, den Kaufpreis direkt an den Eigentümer (Bank) abführt — im Augenblicke des Geldeinganges bei dem Eigentümer (Bank) der bedingte Erwerber (Ersterwerber) das Eigentum an der Ware; der bezahlende Zweiterwerber erwirbt das Eigentum erst einen Augenblick später, weil mit Rücksicht auf den Inhalt der Anwartschaft und den Inhalt der ersten Verfügung das Eigentum von dem Eigentümer (Bank) zunächst zwingend auf den ersten bedingten Erwerber übergehen muß. Der Zweiterwerber erhält das Eigentum also nicht von dem Eigentümer (Bank) direkt, sondern nur durch Vermittlung des Ersterwerbers; also etwa in der gleichen Weise, wie gemäß § 1381 BGB. die Ehefrau das Eigentum an beweglichen Sachen, die ihr Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt, nicht sofort erhält, also nicht direkt von dem Verkäufer der betreffenden Sache, sondern nur durch Vermittlung ihres Mannes; auf diesen geht das Eigentum zunächst über, um dann sofort weiter auf die Ehefrau überzuspringen[137]). Diese im Falle des § 1381 BGB. von *F. Leonhard* zutreffend als „Durchgangstheorie[138])" bezeichnete Konstruktion des durch Vermittlung eines anderen erfolgenden Eigentumserwerbes wird auch hier angewandt werden müssen, weil sich der Erwerb des ersten bedingten Erwerbers nicht aus der Welt schaffen läßt.

Die praktischen Unterschiede zu der herrschenden Auffassung bestehen im folgenden: müssen z. B. die Vorschriften über Vertrauensschutz zur Anwendung kommen, weil der ursprüngliche Eigentümer gar kein Eigentum hatte, so kommt es nicht auf den guten Glauben des Zweiterwerbers, sondern nur auf den guten Glauben des Ersterwerbers an. Ferner: nimmt der bedingte Erwerber zunächst eine unbedingte Übereignung an A vor, und sodann eine „Übertragung der Anwartschaft", eine bedingte Übereignung an B, so würde nach Eintritt der Bedingung A ohne weiteres ausfallen, weil es sich bei der unbedingten Übereignung an A um die Verfügung eines Nichtberechtigten handelt, die gemäß § 185, I BGB. keine Wirksamkeit hat, weil der Berechtigte, also der Eigentümer, dieser unbedingten Übereignung nicht zugestimmt hat. Läßt man hingegen die Durchgangstheorie zur Anwendung kommen, so wird bei Eintritt der Bedingung das Eigentum nicht von B, sondern von A erworben. Die unbedingte Übereignung an A ist mit Eintritt der

[137]) Enneccerus, Familienrecht, § 50 I 3; F. Leonhard, Lehrb., S. 173; v. Tuhr, Bd. III, S. 437 A. 20.

[138]) S. 173.

Bedingung gemäß § 185, II BGB. wirksam geworden, weil der Nichtberechtigte den Gegenstand erworben hat. Demnach geht der Eigentumserwerb des A in dem gleichen Augenblicke vor sich wie der Eigentumserwerb des B, weil auch die Wirkung der bedingten Übereignung an B davon abhängig ist, daß der Verfügende Eigentum erwirbt.

Daß vielleicht die bedingte Übereignung an die Zahlung durch B an den Eigentümer geknüpft ist, macht keinen Unterschied, weil das nur eine kaufmännische Ausdrucksform ist, während es streng juristisch heißen müßte: unter der Bedingung, daß B an den Eigentümer den Kaufpreis bezahlt und der Verfügende infolge dieser Zahlung seinerseits Eigentum an der Sache erwirbt. Die Bedingung muß als eine solche doppelte aufgefaßt werden, weil B allein durch die Zahlung gar nicht Eigentum erwerben würde, wenn aus irgendwelchen Gründen die bedingte Übereignung des Eigentümers an den bedingten Erwerber nicht mit Zahlung des Kaufpreises wirksam würde.

A und B erwerben also gleichzeitig Eigentum; wer von beiden den Vorrang hat, entscheidet § 185, II, S. *2* BGB., wonach bei mehreren Verfügungen, die untereinander nicht im Einklange stehen, nur die frühere Verfügung, also die Übereignung an A, wirksam wird. Daß die bedingte Übereignung an B die Verfügung eines Berechtigten war, während die unbedingte Übereignung an A die Verfügung eines Nichtberechtigten, scheint mir kein Einwand, weil nichts dafür spricht, daß § 185, II, S. *2* voraussetzt, daß beide Verfügungen von einem Nichtberechtigten vorgenommen sind; es muß nach dem Wortlaut genügen, daß die eine Verfügung von einem Nichtberechtigten vorgenommen wurde und die andere Verfügung ebenfalls erst zusammen mit der ersten Verfügung wirksam wird.

Wollte man aber trotz des Wortlautes des Gesetzes, welches ausdrücklich im Nebensatze nur von „mehreren Verfügungen", nicht aber von mehreren Verfügungen eines Nichtberechtigten spricht, § 185, II, S. *2* hier nicht direkt anwenden, so müßte man zum mindesten diese Gesetzesstelle analog anwenden, weil das Ergebnis dem Grundsatze entspricht, daß die frühere Verfügung die stärkere sein soll. Daß die frühere Verfügung von einem Nichtberechtigten, die spätere aber von einem Berechtigten vorgenommen wurde, kann vom Augenblicke des Wirksamwerdens an keinen Unterschied mehr machen, weil es sich von diesem Augenblick ab in beiden Fällen um eine gültige, nunmehr wirksame Verfügung handelt. Es zeigt sich in diesem Falle die Bedeutung der strengen Unterscheidung zwischen wirksam und gültig; die Nichtberechtigung, eine Verfügung vorzunehmen, hat absolut keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Verfügung, sondern nur darauf, daß die gültige Verfügung noch nicht sofort wirksam wird. In der

Konstruktion des Gesetzes unterscheidet sich also die Verfügung eines Nichtberechtigten in keiner Weise von der bedingten Verfügung eines Berechtigten: beide sind gültig und vorläufig unwirksam, beide werden erst nach Eintritt einer bestimmten Bedingung — in dem einen Falle einer gesetzlichen, in dem anderen Falle einer rechtsgeschäftlichen Bedingung — wirksam. Es muß daher dabei bleiben, daß die frühere Verfügung die stärkere ist und in dem gegebenen Beispiel bei Eintritt der Bedingung A das Eigentum erwirbt, weil die Verfügung zu seinen Gunsten früher getroffen wurde als die Verfügung zugunsten des B.

Für die Verfügung eines bedingten Erwerbers während der Schwebezeit ist eine Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1919[139]) von besonderem Interesse, zumal in dem dort zugrunde liegenden Falle der bedingte Erwerber während der Schwebezeit — gleichwie in dem eben behandelten Beispiele — zwei Verfügungen vornimmt, nämlich zunächst eine unbedingte Übereignung und sodann ein Jahr später eine bedingte Übereignung. Diese Reichsgerichtsentscheidung lehrt, wie die Auffassung, daß bei Übertragung einer Anwartschaft der Cessionar das Eigentum direkt erwirbt, ein unbilliges Ergebnis zeitigt. Der Tatbestand ist folgender:

Die Firma O & K verkauft 1912 einen Bagger an den Tiefbauunternehmer W unter Eigentumsvorbehalt gemäß § 455 BGB. Im Dezember 1912 — vor Eintritt der Bedingung — verkauft W den „ihm gehörigen Bagger" an den Beklagten in der Weise, daß der Beklagte den Bagger an W vermietet. Im Oktober 1913 — also ein Jahr später — schließt W mit dem Kläger einen Vertrag, wonach W „den Anspruch abtritt, den er an die Firma O & K auf Übertragung des Eigentums an dem Bagger gegen Zahlung der Restkaufsumme hat. Hiernach sind die Parteien darüber einig, daß der Bagger mit dieser Zahlung Eigentum des Herrn G (Kläger) wird, und zwar soll dies so lange bleiben, bis . . ." W seine Schulden an den Kläger beglichen hat; „Herr G (Kläger) überläßt Herrn W den Bagger bis auf weiteres zur leihweisen Benutzung". Im März 1914 bezahlt der Kläger die Restkaufsumme an die Firma O & K; die Parteien streiten im Prozesse darüber, wer der Eigentümer des Baggers ist.

Das Kammergericht wies die Klage ab, sprach also das Eigentum dem Beklagten zu, während das Reichsgericht dieses Urteil aufhob und das Eigentum dem Kläger mit folgender Begründung zubilligte: Der Inhalt des Vertrages aus dem Jahre 1913 (zwischen W und dem Kläger) sei nicht der Bagger selbst, sondern der Anspruch des W auf Verschaffung des Eigentums; das Bestehen dieses Anspruches sei zwar vom Kammergericht bezweifelt, aber zu Unrecht, weil der Vertrag zwischen W und der Firma O & K

[139]) RG. Bd. 95, S. 105 ff.

noch nicht erfüllt gewesen sei und daher noch die Verpflichtung der Firma O & K bestanden habe, das Eigentum auf W zu übertragen; der Vertrag von 1913 sei also keine bedingte Eigentumsübertragung, sondern die Abtretung des Anspruches auf Verschaffung des Eigentums, wodurch der Kläger mit Bezahlung der Restkaufsumme das Eigentum an dem Bagger direkt von der Firma O & K erlangte. Der Vertrag von 1912 (zwischen W und dem Beklagten) sei kein Hinderungsgrund an dem Eigentumserwerb des Klägers, weil er die Verfügung eines Nichtberechtigten darstelle, die nur wirksam geworden wäre, wenn entweder der Bagger dem Beklagten körperlich übergeben worden sei (§ 933 BGB.) oder wenn W das Eigentum an dem Bagger erlangte (§ 185 BGB.); beides sei aber nicht erfolgt.

Das Ergebnis dieser Entscheidung ist unbillig. Der Beklagte glaubte sich sicher — er hatte den Kaufpreis an B bereits bezahlt! — und plötzlich wird sein Recht ein Jahr später durch eine neue Verfügung des W zunichte. Es darf nicht übersehen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich der früheren Verfügung den Vorzug gibt, wie u. a. die §§ 161 und 185 zeigen. Bei konsequenter, rein logischer Betrachtung des obigen Tatbestandes gelangt man denn auch tatsächlich zu dem Ergebnis, daß der Beklagte das Eigentum an dem Bagger erworben hat. Die Tatsache, daß dies Ergebnis durch eine Zahlung seitens des Klägers bewirkt ist, geht den Beklagten nichts an, da er den Kaufpreis für den Bagger an W bezahlt hatte und die Zahlung des Klägers eine Angelegenheit ist, die der Kläger mit seinem Vertragskontrahenten W bereinigen mag.

Der Fehler der Reichsgerichtsentscheidung liegt darin, daß das Reichsgericht in dem Vertrage von 1913 die Abtretung der dem W zustehenden Anwartschaft erblickt und daraus den direkten Eigentumsübergang von der Firma O & K auf den Kläger folgert. Es mag hier noch dahingestellt bleiben, ob der bedingte Erwerber während der Schwebezeit überhaupt noch einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums hat[140]); nimmt man aber mit dem Reichsgericht an, daß der Vertrag zwischen der Firma O & K und W noch nicht erfüllt ist, daß also W noch einen Eigentumsverschaffungsanspruch hat, so ist mit der Abtretung dieses Anspruches immer noch nicht der direkte Eigentumsübergang von der Firma O & K auf den Kläger unter Überspringung und Umgehung des W gewährleistet. Die Firma O & K ist auch nach dem Reichsgericht nicht verpflichtet, eine neue Eigentumsübertragung vorzu-

[140]) Es wird sich später (siehe S. 85 ff.) noch herausstellen, daß der bedingte Erwerber während der Schwebezeit keinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung hat, weil der Verkäufer den Vertrag bereits vollständig erfüllt hat.

nehmen, sondern nur verpflichtet, bei Eintritt der Bedingung, hier also bei Zahlung, noch den schon früher erklärten Willen zu haben, „das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen[141])". Der Käufer des Baggers ist aber nicht der Kläger, sondern W, bei Zahlung geht also das Eigentum nicht auf den Kläger über, sondern auf W. Ein direkter Eigentumsübergang läßt sich nicht konstruieren, und zwar aus dem einfachen Grunde nicht, weil auf Grund des zwischen der Firma O & K und W geschlossenen Vertrages die Firma O & K das Eigentum auf W bedingt übertragen hat, nicht aber auf den Kläger, und weil der vom Reichsgericht konstruierte Anspruch des W — noch bei Eintritt der Bedingung den Willen zu haben, daß das Eigentum auf W übergeht — nach den natürlichen Denkgesetzen nur einen Vorteil für W, nicht aber für einen Dritten enthält. Daran vermag auch die Abtretung nichts zu ändern, weil sich durch die Abtretung nur der Träger des Rechts ändert, nicht aber der Inhalt des Rechts. Durch die Abtretung erlangte also der Kläger höchstens das Recht darauf, daß die Firma O & K dem W bei Eintritt der Bedingung das Eigentum verschafft: ein höchst fragwürdiges und recht bedeutungsloses Recht.

Erwirbt der Kläger das Eigentum nicht direkt von der Firma O & K, so fällt damit die Reichsgerichtsentscheidung in sich zusammen. Denn das Reichsgericht sagt selbst, daß die Verfügung des W an den Beklagten in dem Vertrage von 1912 als Verfügung eines Nichtberechtigten gemäß § 185 wirksam wird, wenn W das Eigentum an dem Bagger erlangt[142]). Demnach hat also der Beklagte entsprechend § 185, II das Eigentum an dem Bagger in dem Augenblick erlangt, wo W das Eigentum erlangt, d. i. aber der Augenblick der Zahlung durch den Kläger. Diesen Eigentumserwerb kann der Kläger dem Beklagten nicht streitig machen, weil er durch die Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht direkt Eigentum erworben hat.

Allerdings wird man bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansichten in dem Vertrage von 1913 etwas mehr sehen müssen als die Abtretung des reichlich unbedeutenden Anspruches auf Eigentumsverschaffung — unbedeutend, weil die Wirkung der bedingten Übereignung gemäß § 158 BGB. ipso iure, also auch gegen den Willen der Parteien, eintritt —, nämlich eine neue bedingte Übereignung, vorgenommen durch den bedingten Erwerber W; diese erweiterte Auslegung der Parteierklärungen ist zulässig, weil sich aus den unklaren Erklärungen ergibt, daß ihr Wille dahin ging, daß der Kläger durch die Zahlung der Restkaufsumme Eigentum an dem Bagger erwirbt. Das ist aber eine bedingte Übereignung, die demnach in dem gleichen Augenblicke wirksam wird, wie die Über-

[141]) RG. 95, S. 107; ebenso RG. 64, S. 204 und 66, S. 345.
[142]) RG. a. a. O., S. 107.

eignung an den Beklagten. Welche von diesen beiden Übereignungen den Vorrang hat, zeigt § 185, II, S. 2, wonach nur die frühere Verfügung, also nur die Übereignung an den Beklagten wirksam wird. Die Auffassung des Reichsgerichts, daß es sich bei dem Vertrage von 1912 um die Verfügung eines Nichtberechtigten und bei dem Vertrage von 1913 um die Verfügung eines Berechtigten handelt, steht — wie schon oben gezeigt[143]) — der Anwendung des § 185, II, S. 2 nicht im Wege, weil dort nicht verlangt wird, daß alle der „miteinander nicht im Einklang stehenden Verfügungen" Verfügungen eines Nichtberechtigten sind; vielmehr ist als Voraussetzung nur erforderlich, daß die Verfügungen im gleichen Augenblicke wirksam werden. Die erste Verfügung des W wird aber gemäß § 185, II, S. 1 in dem gleichen Augenblicke wirksam wie die zweite Verfügung des W gemäß § 158 BGB.

Überdies ist zu bedenken, daß sich nach dem Tatbestande auch die Verfügung von 1912 gegenüber dem Beklagten als Verfügung eines Berechtigten, nämlich als bedingte Übereignung, ansehen läßt. Der von W benutzte Ausdruck „ihm gehörig" ist sicherlich juristisch falsch; aber nach § 133 BGB. soll bei der Auslegung einer Willenserklärung nicht der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks maßgebend sein, sondern der wirkliche Wille erforscht werden. Der Tatbestand des Reichsgerichts läßt nicht klar ersehen, ob bei den Vertragsverhandlungen die Tatsache, daß W nur bedingtes Eigentum hatte, zum Ausdruck gekommen ist. Sollte diese Tatsache erwähnt sein, so wird man den Vertrag von 1912 als bedingte Übereignung ansehen müssen, bei der nur der Ausdruck falsch gewählt ist. Aber auch, wenn diese Tatsache nicht bei den Verhandlungen erwähnt sein sollte, läßt sich die Annahme einer bedingten Übereignung rechtfertigen, weil der Wille der Parteien darauf gerichtet war, dem Beklagten das Eigentum an dem Bagger zu verschaffen; sie glaubten allerdings, der Eigentumsübergang ließe sich sofort ermöglichen, dem stand aber ein juristisches Hindernis entgegen nach dem Grundsatze: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Der Eigentumsübergang war den Parteien das Wesentliche, nicht der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges. Hätte man den Parteien gesagt, der sofortige Eigentumsübergang ist aus rechtlichen Gründen nicht möglich, sondern erst nach Eintritt einer bestimmten Bedingung, dann hätten sie sicherlich gewünscht, daß das Eigentum wenigstens zu dem späteren Zeitpunkte übergeht.

Man wird W ferner auch deshalb als Berechtigten ansehen können, weil er als bedingter Erwerber zu einer Eigentumsverfügung berechtigt ist, allerdings nur zu einer bedingten Eigentums-

---

[143]) Siehe S. 63.

verfügung, nicht zu einer unbedingten. Bei derartig komplizierten Rechtsgebilden, wie es die Verfügungen eines bedingten Erwerbers sind, wird man die Parteierklärungen weit auslegen müssen und wird, falls die Parteien mehr wollten, als rechtlich möglich war, mindestens das Wenigere, das die Parteien auch wollten, aus ihren Erklärungen herauslesen müssen; also aus einer erklärten unbedingten Übereignung wenigstens eine bedingte Übereignung, somit eine Übereignung, die unter der Bedingung des eigenen Erwerbes vorgenommen wird[144]).

Zusammenfassend ist hervorzuheben: Die Besprechung der Reichsgerichtsentscheidung hat dasselbe Ergebnis gebracht, welches schon vorher auf theoretischem Wege erkannt war, daß nämlich der bedingte Erwerber keine Übertragung der Anwartschaft mit dem Erfolge vornehmen kann, daß der Cessionar nach Eintritt der Bedingung direkt Eigentümer wird. Eine Übertragung der Anwartschaft ist gemäß § 399 BGB. unzulässig, weil durch die von den Parteien beabsichtigte Abtretung, wonach der Cessionar vollständig an die Stelle des Cedenten tritt, der Inhalt des Anwartschaftsrechtes verändert wird.

Will der bedingte Erwerber seinem Vertragskontrahenten sofort nach Bezahlung das Eigentum verschaffen, so muß er eine selbständige bedingte Übereignung vornehmen, eine Übereignung gemäß den §§ 929 ff., die an die Bedingung des Eigentumserwerbes durch den bedingten Erwerber geknüpft wird; dabei bleibt die Anwartschaft bei dem bedingten Erwerber, während für seinen Vertragskontrahenten auf Grund der neuen Verfügung ein neues Recht, eine neue Anwartschaft entsteht.

Anhang: Aus den gleichen Gründen führt auch die Zwangsvollstreckung in das Anwartschaftsrecht oder in den angeblichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung (Teil des Anwartschaftsrechts) nach § 857 ZPO. — wie vielfach versucht[145]) — nicht zum Ziel; der pfändende Gläubiger kann mit Rücksicht auf den festgelegten Inhalt der Anwartschaft, wonach bei Eintritt der Bedingung sein Schuldner Eigentümer wird, nicht in die Rechtsstellung

---

[144]) Ähnlich v. Tuhr, Bd. III, S. 306 A. 99, der bei einer unbedingten Übereignung seitens des bedingten Erwerbers annimmt, daß der Zweiterwerber an Stelle des Eigentums, das er haben wollte, wenigstens die Anwartschaft erwirbt und dadurch bei Eintritt der Bedingung Eigentümer wird. Hätte das Reichsgericht in dieser Weise konstruiert, wäre es ebenfalls zu dem hier vertretenen Ergebnis gelangt, daß der Beklagte das Eigentum erwirbt.

[145]) Fromherz in JW. 1913, S. 575; Liebrecht in KG.Bl. 1905, S. 14 und 16; Bing im Recht 1907, S. 1247 ff.; Nußbaum in KGBl. 1904, S. 53; Tölke, S. 49; OLG. 20, 349 ff. (KG.) und 23, 219 (KG.); Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 1204.

des Schuldners eintreten[146]), kann insbesondere nicht bei Eintritt der Bedingung Eigentümer werden, wie z. B. *Fromherz* meint[147]).

Bei Eintritt der Bedingung — Zahlung durch den Schuldner oder auch durch den pfändenden Gläubiger (§ 267 BGB.) — wird der Schuldner Eigentümer und der pfändende Gläubiger geht leer aus, da ja die von ihm gepfändete Anwartschaft mit Eintritt der Bedingung erloschen ist. Ein Pfandrecht an der Sache selbst kann nicht durch Pfändung eines Anwartschaftsrechts, sondern nur durch Pfändung der Sache entstehen [§§ 808 ff. ZPO.][148]). Deshalb wird der Gläubiger eine Sachpfändung vornehmen lassen. Diese Sachpfändung wird allerdings nur von Erfolg sein, wenn der Schuldner mit der Zahlung durch den Gläubiger einverstanden ist, oder wenn es, im Falle seines Widerspruchs nach § 267 BGB., gelingt, sich mit dem Noch-Eigentümer zu einigen, da dieser sonst nach § 771 ZPO. vorgehen kann. Gelingt keine Einigung und widerspricht der Schuldner der Zahlung seitens des Gläubigers, so muß der Gläubiger dann freilich auch noch eine Pfändung der Anwartschaft, insbesondere des Widerspruchsrechts, nach § 857 ZPO. erwirken, um auf diese Weise in Verbindung mit einer Zahlung der Restkaufsumme den Eintritt der Bedingung, also den Eigentumsübergang auf seinen Schuldner zu erzwingen, und dadurch den Angriff aus § 771 ZPO. parieren[149]).

Trotz des Grundsatzes, daß ein Recht, welches nicht übertragen werden kann, auch nicht gepfändet werden darf (§ 851, I ZPO.), ist die Anwartschaft gemäß § 857 i. Verb. mit § 851, II ZPO. pfändbar, obwohl nicht übertragbar.

Diese etwas komplizierte Doppelpfändung wird praktisch nicht allzu häufig in Betracht kommen. Denn ein solches Vorgehen — nämlich die Zahlung des Restkaufpreises aus eigener Tasche — hat für den Gläubiger nur Zweck, wenn aus der Versteigerung wesentlich mehr herauskommen wird als die Höhe des Restkaufpreises, wenn also die Restzahlung verhältnismäßig gering ist. Handelt es sich aber nur noch um eine kleine Restzahlung, so wird die Einigung mit dem Noch-Eigentümer kaum Schwierigkeiten be-

---

[146]) So auch Gaupp-Stein, § 857 II 9; Hein, S. 274/75; Kuhnt in JW. 1913, S. 191; KGBl. 1902, S. 48 (AG. und LG. Berlin).

[147]) Fromherz in JW. 1913, S. 575, anders allerdings selbst in ZZ. 38, 55.

[148]) Ebenso Emmerich, S. 52 A. 160 a. E.

[149]) So auch Rühl, S. 91 und 171 f. und Gaupp-Stein, § 857 II 9, die aber beide Pfändungen gleichzeitig vornehmen wollen; das aber erscheint nicht nötig, da nur in Ausnahmefällen der Schuldner der Zahlung durch seinen Gläubiger widersprechen und der Noch-Eigentümer diese Zahlung ablehnen wird; notfalls kann der Gläubiger immer noch die Pfändung der Anwartschaft nachholen. Ähnlich auch KG. (1910) in Seuff. A. 65, Nr. 18, das allerdings die Sachpfändung folgen lassen will, während mir die umgekehrte Reihenfolge aus den angegebenen Gründen praktischer erscheint.

reiten, da dieser nur allzu gern sein Geld in Empfang nehmen wird, ohne erst selbst in irgendeiner Form gegen den in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Schuldner vorgehen zu müssen.

V. Der gutgläubige Erwerb.

Bei einer bedingten Übereignung seitens eines Nichteigentümers muß der Vertrauensschutz der §§ 932 ff. BGB. in der gleichen Weise zur Anwendung kommen wie bei einer unbedingten Übereignung seitens eines Nichteigentümers. Dieses ergibt sich einmal aus der Tatsache, daß die bedingte Übereignung der unbedingten wesensverwandt ist, und ferner aus § 161, III BGB., wonach für bedingte Verfügungen die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, sogar ausdrücklich erweitert sind[150]). Demzufolge wird in der Literatur der Schutz des guten Glaubens allgemein auch dem bedingten Erwerber zugebilligt: Uneinigkeit herrscht aber darüber, ob der bedingte Erwerber zur Zeit der Übergabe der Sache[151]) oder im Augenblicke des Eintritts der Bedingung[152]) gutgläubig sein muß, oder gar in beiden Zeitpunkten[153]). Welche Ansicht die herrschende Lehre ist, läßt sich kaum sagen, da gerade die bekanntesten Kommentatoren verschiedener Ansicht sind.

Betrachtet man nur den Wortlaut des § 932 BGB., wonach der Erwerber zu der Zeit gutgläubig sein muß, „zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde", so haben die Auffassungen, die den guten Glauben auch oder nur bei Eintritt der Bedingung verlangen, einiges für sich, weil bei der bedingten Übereignung der Zeitpunkt des Eigentumserwerbes mit dem Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung zusammenfällt. Der Wortlaut des § 932 BGB. kann aber nicht maßgebend sein. Hätte das Gesetz grundsätzlich den Zeitpunkt des Eigentumserwerbes für entscheidend gehalten, würde es in den §§ 933 und 934 einen anderen Wortlaut gewählt und es dort nicht einzig und allein auf den Besitzerwerb abgestellt haben. Die Konstruktion der guten Glaubensvorschriften läßt darauf schließen, daß der entscheidende Augenblick grundsätzlich der Besitzerwerb — und zwar, abgesehen von dem Fall des § 934, erster Halbsatz, der Erwerb des unmittelbaren Besitzes — sein soll und nicht der Eigentumserwerb. Der einzige Ausnahmefall ist die Übereignung nach § 929, S. 2 BGB.; dort

---

[150]) Vgl. auch Strohal i. Festg. f. Degenkolb, S. 151

[151]) Cosack, Bd. II, 1, S. 154 (§ 37 I, 2 e); Dernburg, Bd. III, § 103 Anm. 8; Planck, § 932 Bem. 1 a; v. Tuhr, Bd. III, S. 296, S. 318 u. A. 34; Brecht, S. 285 ff., insbesondere S. 287; vgl. auch RG. 74, S. 418 f.

[152]) Gierke, Priv.R., Bd. II, S. 570 und Nr. 85; Stintzing, S. 96 b.

[153]) Biermann, § 932 Bem. 2 a; Warneyer, § 932 Bem. I; Reichel, Gutgläubigkeit i. Grünhut, Bd. 42, S. 205—207; Staudinger, § 932 II 2 e

konnte nicht der Besitzerwerb maßgebend sein, weil der Erwerber schon vor der Eigentumsübertragung den Besitz hat, es also nur auf den Augenblick der Eigentumsverfügung oder — was in diesem Falle dasselbe bedeutet — des Eigentumsüberganges abgestellt werden konnte. Hieraus läßt sich denn auch die Fassung des § 932 BGB. verstehen, die auf den Spezialfall des § 929, S. 2 zugeschnitten werden konnte, weil sie auch für § 929, S. 1 unbedenklich ist; denn dort fallen ebenfalls die Zeitpunkte der Eigentumsverfügung und des Eigentumsüberganges (und auch des Besitzerwerbes) zusammen. Anders liegt es bei der bedingten Übereignung, bei der diese Zeitpunkte auseinanderfallen; will man die §§ 932 ff. auch bei der bedingten Übereignung zur Anwendung bringen, so kann es nicht auf den Wortlaut ankommen — bei der Fassung des Wortlautes wurde an die unbedingte Übereignung gedacht, nicht an die bedingte[154]) —, sondern auf den Sinn der Paragraphen. Der Sinn der Vorschriften geht aber dahin, daß der gute Glaube bei den Eigentumsübertragungen nach § 929, S. 1, §§ 930 und 931 zur Zeit des Besitzerwerbes vorliegen muß und bei der Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 zur Zeit der Einigung, also zur Zeit der Vornahme der Verfügung. Wendet man diese Grundsätze auf die bedingte Übereignung an, so ist der entscheidende Zeitpunkt für den guten Glauben nicht der Eintritt der Bedingung, sondern in den Fällen der §§ 929, S. 1, 930 und 931 der Besitzerwerb und im Falle des § 929, S. 2 die Vornahme der Verfügung.

Beachtenswert ist, daß sich der kritische Zeitpunkt (Besitzerwerb) in den Fällen der bedingten Übereignung nach § 929, S. 1 und § 931, falls der bedingt Übereignende mittelbaren Besitz hat (siehe § 934, erster Halbsatz), mit dem Augenblicke der bedingten Verfügung deckt, nicht aber in den Fällen des § 930 und auch nicht im Falle des § 931, falls der bedingt Übereignende keinen mittelbaren Besitz hat (siehe § 934, zweiter Halbsatz); in diesen Fällen liegt sogar der entscheidende Moment später als der Eintritt der Bedingung, weil nicht der mittelbare Besitzerwerb, sondern der unmittelbare Besitzerwerb als der kritische Moment angesehen wird. Infolgedessen ist es mißverständlich, wenn *v. Tuhr*[155]) es auf den „Moment der Verfügung" abstellt: *v. Tuhr* hat dabei offenbar nur die Fälle des § 929 im Auge gehabt.

Soweit in der Literatur der Standpunkt vertreten wird, daß es auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung ankommt[156]) wird keine nähere Begründung gegeben. Eine Ausnahme macht nur *Reichel,* der in seiner Monographie „Gutgläubigkeit beim Fahrnis-

---

[154]) So auch Brecht, S. 286 und Planck, a. a. O.

[155]) a. a. O.

[156]) Siehe Anm. 152/153 auf S. 70.

erwerb“ diese Fragen eingehend behandelt[157]) und den guten Glauben zur Zeit der Einigung, der Übergabe und des Eintritts der Bedingung, also zu allen nur denkbaren Zeitpunkten, verlangt. Der kritische Zeitpunkt — so argumentiert *Reichel* — sei der Zeitpunkt, in dem „der Rechtserwerb eintreten würde, wenn der Verfügende zur Verfügung berechtigt wäre“, der Erwerber müsse gutgläubig bleiben, bis „alle Erfordernisse des Erwerbs beisammen sind, allein ausgenommen das Recht des Vormannes“, und schließlich müsse das, was von der Einigung und Übergabe gelte, „entsprechend auch von den sonstigen in concreto erforderlichen Komponenten gültigen Erwerbs“ gelten, z. B. der Genehmigung oder des Eintritts einer Bedingung.

Ich vermag diese Begründung nicht als stichhaltig anzuerkennen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches *Reichel* seine Behauptung, der gute Glaube müsse in mehreren Zeitpunkten vorliegen, ableiten will. Alle in Betracht kommenden Paragraphen kennen nur einen kritischen Zeitpunkt, der sich entweder — z. B. § 932 — mit der Einigung deckt oder aber — z. B. § 933 — mit der Übergabe; nirgends wird aber der gute Glaube zur Zeit der Einigung und der Übergabe verlangt, wie es *Reichel* annimmt. Es ist nicht angängig, § 932, wo sich zufällig die Zeitpunkte der Eigentumsverfügung, des Besitzerwerbes und des Eigentumsüberganges decken, zu verallgemeinern; einer solchen Verallgemeinerung stehen die §§ 933 und 934 zwingend entgegen, die weder von dem Zeitpunkt der Einigung noch von dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, sondern nur von dem Zeitpunkt des Besitzerwerbes sprechen.

Die Ausführungen *Reichels* lassen sich überdies nicht mit der Natur der bedingten Übereignung in Einklang bringen. Der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung muß für die Frage des guten Glaubens unerheblich sein, weil es der Sinn einer bedingten Übereignung, eines bedingten Verfügungsgeschäftes ist, von dem Parteiwillen und damit auch von dem Partei-Wissen im Augenblick des Eintritts der Bedingung unabhängig zu sein[158]). Ebenso, wie es gleichgültig ist, ob der besitzende Erwerber bei Eintritt der Bedingung noch in der Lage ist, einen Übereignungsvertrag abzuschließen (z. B. mangels Geschäftsfähigkeit), muß es auch gleichgültig sein, ob er zu dieser Zeit noch gutgläubig ist.

Gegen die von *Reichel* vertretene Ansicht, der sich verschiedene Kommentatoren angeschlossen haben[159]), spricht auch die Unbilligkeit, die in einem von *Reichel* selbst erwähnten Beispiele[160]) kraß

[157]) Abgedruckt in Grünhut, Bd. 42, S. 173—262, hier S. 205—207.
[158]) So auch v. Tuhr und Dernburg, a. a. O.
[159]) Siehe Anm. 153 auf S. 70.
[160]) S. 208.

zutage tritt, wo der Käufer einer Ware, die sich bereits in seinem Besitze befindet, vor Zahlung der letzten geringen Rate erfährt, daß sein Verkäufer nicht der Eigentümer der Ware war. Der bedingte, schon besitzende Erwerber will sich auf seinen nur noch von dem Eintritt der Bedingung abhängigen, zukünftigen Eigentumserwerb ebenso verlassen können, wie der unbedingte, schon besitzende Erwerber auf sein Eigentum. Der Eigentumsvorbehalt ist — und das scheint mir ein gewichtiges Moment — nur zugunsten des Übereignenden vereinbart worden, also hier nur zugunsten des Nichtberechtigten, nicht zugunsten des wahren Eigentümers. Ob der Nichtberechtigte von dem gutgläubigen Erwerber schon den Kaufpreis erhalten hat, muß für die Frage, ob der wahre Eigentümer Eigentümer geblieben ist oder sein Eigentum auf Grund der Verfügung des Nichtberechtigten an den gutgläubigen Erwerber verloren hat, gleichgültig sein.

Zugunsten dieser Auffassung läßt sich noch der grundlegende Gedanke der guten Glaubens-Vorschriften anführen, daß der Eigentümer, der einem anderen den Besitz einer Sache überläßt, es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er in seinem Vertrauen auf den andern getäuscht wird und dieser als Nichtberechtigter verfügt[161]; der Dritte soll in seinem guten Glauben geschützt werden, weil zugunsten des Besitzers gemäß § 1006 BGB. eine Eigentumsvermutung spricht. Dieser Grundgedanke muß dem bedingten gutgläubigen Erwerber in der gleichen Weise zugute kommen wie dem unbedingten gutgläubigen Erwerber, da in beiden Fällen eine bindende Verfügung vorliegt.

Das Ergebnis dieses Abschnittes ist dahin zusammenzustellen: Die bedingte Übereignung seitens eines Nichteigentümers verschafft dem Erwerber Eigentum, wenn er gutgläubig ist, bei einer Übereignung:

a) nach § 929, S. 1 im Augenblicke der Übergabe, bzw. der Einigung, was hier der gleiche Zeitpunkt ist (§ 932);

b) nach § 929, S. 2 im Augenblicke der Einigung (§ 932);

c) nach § 930 im Augenblicke der Übergabe durch den Nichteigentümer (§ 933);

d) nach § 931, falls der Nichteigentümer wenigstens mittelbarer Besitzer ist, im Augenblicke der Abtretung des Herausgabeanspruches, also im Augenblicke der Einigung (§ 934, erster Halbsatz);

e) nach § 931, falls der Nichteigentümer nicht einmal den mittelbaren Besitz hat, im Augenblick der Übergabe durch den Nichteigentümer (§ 934, zweiter Halbsatz).

Der kritische Zeitpunkt ist also teilweise der Augenblick der Einigung, teilweise der Augenblick der Übergabe. Man darf daher

[161]) Ähnlich Brecht, S. 287.

weder mit *v. Tuhr*[162]) den Zeitpunkt der Einigung, noch mit *Cosack*[163]), *Planck*[164]) und *Dernburg*[165]) den Zeitpunkt der Übergabe allgemein für maßgebend erklären.

VI. Der Gefahrübergang beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 446 BGB.).

Bei jedem Spezialtatbestand der bedingten Übereignung kehrt die Untersuchung wieder, ob die Grundsätze der unbedingten Übereignung anzuwenden sind, oder ob die Rechtsfolgen der Übereignung maßgebend durch die Hinzufügung der Bedingung beeinflußt werden. Aus dieser Untersuchung entstand für den Fall des zufälligen Unterganges der bedingt übereigneten und übergebenen Sache die Streitfrage, ob der bedingt Übereignende infolge des Unterganges der Sache seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert, ob also die Gefahr des zufälligen Unterganges bereits mit der Übergabe der Sache oder aber erst mit dem Eintritt der Bedingung übergeht.

Diese Frage ist recht einfach zu entscheiden, weil § 446 BGB. ausdrücklich bestimmt, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung „mit der Übergabe der verkauften Sache" übergeht. Um eine „verkaufte Sache" handelt es sich bei der bedingten Übereignung in der gleichen Weise wie bei der unbedingten, weil beide auf Grund und im Zusammenhange mit einem unbedingten Verkaufe vorgenommen werden, also eine verkaufte Sache zum Gegenstande haben. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 446 steht denn auch die Literatur[166]) und Rechtsprechung[167]) fast einmütig auf dem Standpunkte, daß der bedingt erwerbende Käufer von der Übergabe der Sache ab die Gefahr trägt. Diese herrschende Lehre weist mit Recht auf die Billigkeit des Ergebnisses hin; es wäre unbillig, dem verkaufenden Noch-Eigentümer während der Schwebezeit die Gefahr tragen zu lassen, obwohl die Herrschaftsgewalt über die Sache von dem Käufer aus-

---

[162]) v. Tuhr, Bd. III, S. 296.

[163]) Cosack, Bd. II, 1, S. 154 (§ 37 I 2 e).

[164]) Planck, § 932 Bem. 1 a.

[165]) Dernburg, Bd. III, § 103 A. 8.

[166]) Dernburg, Bd. II, 2 § 171 A. 11 (Raape); Emmerich, S. 51 A. 160; Enneccerus, Schuldv. § 118 A 1; Jaffé, S. 53; Kluckhohn in Jher. Jahrb. 64, 136 ff., insbesondere S. 143; Neumann, § 455 N. 3; Oertmann, § 446 Bem. 1 a, β und i. L. Z. 1927, S. 13; Planck, § 455 A. 2 d; RGR.-Komm. § 446 Nr. 4 und § 455 A. 3; Staub, Anhg. zu § 382 A. 67; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 89/90 (A. 107); Staudinger, § 455, 7; v. Tuhr, Bd. III, S. 296 A. 31; Warneyer, § 455 III; Rühl, S. 198 ff.

[167]) RG. 74, 129 läßt die Frage noch unentschieden; RG. 85, 320; OLG. 8, 445 (Colmar 1904) u. 24, 322 (Celle 1911).

geübt wird, und daher auch nur der Käufer in der Lage ist, die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.

Die gegenteilige Ansicht, die für den Gefahrübergang den Eintritt der Bedingung als maßgebend ansieht, wird nur von *Endemann*[168]) und dem Oberlandesgericht Colmar in einer älteren Entscheidung[169]) vertreten. Das Oberlandesgericht Colmar behauptet — in gedanklicher Übereinstimmung mit *Endemann* —, daß in § 446 eine Übergabe vorausgesetzt werde, die eine Erfüllung des Kaufvertrages (§ 433 BGB.) enthalte; die bloße Besitzeinräumung genüge nicht, es müsse durch die Übergabe Eigenbesitz geschaffen werden.

Diese Auffassung läßt sich mit dem Gesetze nicht in Einklang bringen. Wenn in § 433 zwei Verpflichtungen des Verkäufers erwähnt werden, nämlich die Übergabe der Sache und die Verschaffung des Eigentums, in § 446 BGB. dagegen die Gefahrtragung lediglich von der Erfüllung der einen Verpflichtung, nämlich der Übergabe, abhängig gemacht wird, so ist damit deutlich genug zum Ausdruck gekommen, daß der Eigentumsübergang für die Frage des Gefahrüberganges ohne Bedeutung ist. Unter Übergabe i. S. des § 446 ist nicht mehr zu verstehen, als das Wort besagt, nicht also eine Erfüllung a l l e r der im § 433 enthaltenen Verpflichtungen. Das Oberlandesgericht Colmar verlangt daher zu Unrecht über die bloße Besitzeinräumung hinaus die Verschaffung des Eigenbesitzes. Aus § 446 ließe sich höchstens herauslesen, daß eine zufällige, nicht mit dem betreffenden Kaufvertrage im Zusammenhang stehende Übergabe nicht genügt, daß also die Übergabe zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages vorgenommen werden muß[170]). Das liegt aber vor, wenn der bedingt Übereignende die Sache auf Grund des Verkaufes unter Eigentumsvorbehalt dem Käufer übergibt.

Wenn trotz der erwähnten Tatsache, daß fast alle Schriftsteller den bedingten Erwerber während der Schwebezeit die Gefahr tragen lassen, verschiedene Kommentare und Lehrbücher[171]) einem Unbefangenen den Eindruck vermitteln, als sei die Gegenansicht annähernd ebenso stark vertreten, so liegt das daran, daß einige Schriftsteller, z. B. *Planck* und *Oertmann*[172]), erst in neuerer Zeit ihre Ansicht geändert haben. Ferner wird aber auch in einigen Kommentaren falsch zitiert; z. B. führt noch die neueste Auflage des Kommentars von *Staudinger*[173]) den Reichsgerichtskommentar.

---

[168]) Endemann, Bd. I, § 160 a, A. 22. (S. 972).

[169]) OLG. 24, 321 (Colmar 1912); a. A.: OLG. Colmar 1904 siehe Anm. 167.

[170]) So Kluckhohn, S. 136 ff.; Enneccerus, Schuldv. 103, A 2, und RG. Bd. 85, S. 320/21.

[171]) z. B. Staudinger, § 455 A. 7 und Enneccerus, Schuldv. § 341 A. 1. (Aufl. 1928.)

[172]) Planck, § 455 A. 2 d; Oertmann, L. Z. 1927, S. 13.

[173]) Staudinger, § 455 A. 7.

sowie *Dernburg, Oertmann* und *Crome* als Vertreter der Gegenansicht an, obwohl der Reichsgerichtskommentar, *Dernburg* und *Oertmann*[174]) ausdrücklich betonen, daß der Käufer die Gefahr trägt, und obwohl *Crome*[175]) seinen Ausführungen über die Gefahrtragung nur den aufschiebend bedingten Kauf, nicht aber den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455) zugrunde legt.

Das Ergebnis dieses Abschnittes, daß der Gefahrübergang in dem gleichen Augenblicke erfolgt, wie es bei einer unbedingten Übereignung der Fall wäre, entspricht auch allein der rechtlichen Natur der bedingten Übereignung. Durch die Hinzufügung einer Bedingung soll nur die endgültige Wirkung der Übereignung, also das Hinüberspringen des Eigentums auf den bedingten Erwerber, hinausgeschoben werden, alles Übrige soll sich genau so abspielen wie bei einer unbedingten Übereignung. Die bedingte Übereignung bindet in gleicher Weise wie die unbedingte. Folglich muß die im Rahmen einer bedingten Übereignung vorgenommene Übergabe auch die gleichen Wirkungen hervorrufen, welche das Gesetz an die im Rahmen einer unbedingten Übereignung vorgenommene Übergabe knüpft, also u. a. den Übergang der Gefahr.

VII. Ist der bedingt Berechtigte (bedingte Erwerber) Rechtsnachfolger des bedingt Verfügenden im Sinne des § 325 ZPO.?

Der bedingte Erwerber ist der Rechtsnachfolger des bedingt Übereignenden, weil er das Eigentum von diesem durch rechtsgeschäftliche Übertragung erwirbt, dem bedingt Übereignenden also in seinem Eigentumsrechte nachfolgt. Fraglich ist nur, ob für diese Rechtsnachfolge der Tag der Verfügung oder erst der Tag des Eintritts der Bedingung maßgebend ist. Diese Frage ist entscheidend für die Wirkung eines Prozesses, den ein Dritter bezüglich der bedingt übereigneten Sache während der Schwebezeit gegen den Noch-Eigentümer anstrengt. Das Urteil eines solchen Prozesses, welches dem Dritten irgendwelche Rechte an der Sache zugesteht, kann gegen den bedingten Erwerber nach § 325 ZPO. keine Wirkung ausüben, wenn er bereits mit dem Tage der bedingten Verfügung, also bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit, Rechtsnachfolger geworden ist.

Die Beantwortung der Frage ergibt sich aus den in dieser Arbeit festgestellten Grundsätzen, insbesondere aus dem Gedanken, daß n u r das Hinüberspringen des Eigentumsrechtes verschoben ist; der bedingte Erwerber ist lediglich in dem Z e i t p u n k t e des Eigentumserwerbes schlechter gestellt als der unbedingte Erwerber, in allen übrigen Punkten steht er ihm gleich. Diese Gleichstellung

[174]) Siehe Anm. 166 auf S. 74.
[175]) Crome, Bd. II, § 213, 3 a (S. 419).

ist eine logische Folge des Grundsatzes, daß der Eigentumsübergang nicht auf einer Verfügung zur Zeit des Eintritts der Bedingung beruht, sondern auf einer Verfügung zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes. Die Rechtsnachfolge beruht nicht auf der Tatsache des Eigentumserwerbes, sondern auf dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, also auf der bedingten Eigentumsübertragung; sie muß von dem Tage der Verfügung ab angenommen werden, weil die bedingte Eigentumsübertragung bereits an diesem Tage bindend und gültig vereinbart wurde, darin in nichts unterschieden von der unbedingten Eigentumsübertragung.

Der Standpunkt der Literatur ist nicht einheitlich. Die Mehrzahl spricht sich gegen die Anwendung des § 325 ZPO. aus, datiert also die Rechtsnachfolge — wie es auch hier geschieht — vom Tage der Verfügung ab[176]). Grundlegend wurde die Auffassung von *Strohal,* daß das endgültige Recht schon zur Zeit der Verfügung abgeleitet wird, weil der Eigentumsübergang „ohne neuerlichen Übertragungsakt" vor sich geht und nur eine „Folge des durch die Erlangung der Anwartschaft bereits gemachten, abgeleiteten Erwerbes[177])" ist. Diese Begründung ist von der herrschenden Lehre übernommen worden.

Die gegenteilige Ansicht[178]), welche die Wirkung des § 325 ZPO. auch auf den bedingten Erwerber erstreckt, wird wohl mit der von *Hellwig*[179]) gegebenen Begründung vertreten, daß die Prozeßführung keine Verfügung darstelle, gemäß § 161 BGB. aber nur Verfügungen unwirksam seien, also der von dem Noch-Eigentümer während der Schwebezeit geführte Prozeß auch gegen den bedingten Erwerber wirken müsse. Diese Begründung übersieht zunächst, daß gemäß § 161 BGB. nicht nur Verfügungen des bedingt Übereignenden unwirksam sind, sondern z. B. auch eine Zwangsvollstreckung, also eine von einem Dritten verursachte Einwirkung. Um die Einwirkung eines Dritten handelt es sich aber auch im Falle eines Prozesses. Überdies kann die Frage, ob die Prozeßführung eine Verfügung ist, nicht entscheidend sein, weil es für die Frage der Rechtsnachfolge darauf ankommt, w a n n der Erwerb des be-

---

[176]) Strohal i. Festg. f. Degenkolb, S. 137–153; Oertmann, § 158, 3 (S. 577); Planck, § 161, 2 a (S. 421); Staudinger, § 158 Nr. 6 und § 161 Nr. 4 e; Enneccerus, Allg.T. § 185 A. 2; Brecht, S. 265 (anscheinend, da er Strohal zitiert).

[177]) Strohal, a. a. O., S. 152/153.

[178]) Hellwig, Rechtskraft, S. 110 und A. 4; Hellwig, System, § 235 (S. 817); Kipp bei Windscheid, S. 473; v. Tuhr, Bd. III, S. 297 und 304; Neumann, § 158 N. 1 a und § 161 N. 4; Baumbach, § 325 A. 4; Motive, Bd. I, S. 378/379, anders dagegen in Bd. V, S. 118, wo die Frage anläßlich der Nacherbschaft behandelt wird.

[179]) Hellwig, Rechtskraft, S. 110.

dingten Erwerbers abgeleitet wird[180]), nicht aber darauf, was sich nach diesem Zeitpunkte zuträgt. Die Spezialfrage des § 325 ZPO. läßt sich nicht durch ein argumentum e contrario aus § 161 BGB. lösen, sondern nur aus § 325 ZPO. selbst, sowie aus dem Sinn und Zweck einer bedingten Übereignung. Es ist aber der Sinn der bedingten Übereignung, daß der bedingte Erwerber am Tage des Abschlusses des Vertrages bereits mit Sicherheit weiß, was er am Tage des Eintritts der Bedingung erhalten wird; nämlich das Eigentumsrecht seines Vertragskontrahenten, belastet mit denjenigen Beschränkungen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehen und die er zu dieser Zeit, bzw. zur Zeit des Besitzerwerbes kennt (§ 936 BGB.). Der Erwerb in dieser Form ist ein sicherer — nicht nur eine Aussicht wie die Aussicht des Erben —, er kann durch nichts verkümmert werden, weder durch eine Verfügung des Vertragskontrahenten (§ 161 S. 1) noch durch eine andere Tatsache während der Schwebezeit (§ 161 S. 2). Wenn ein Dritter erreichen will, daß ihm sein Recht an der veräußerten Sache auch nach dem Eigentumsübergange noch erhalten bleibt, so muß er den im Falle des Bestreitens erforderlichen Prozeß gegen denjenigen führen, dessen Eigentumsrecht durch sein Recht beeinträchtigt sein soll, also gegen den bedingten Erwerber; ein Prozeß gegen den bedingt Übereignenden kann nichts nützen, weil dieser über sein Eigentumsrecht bereits bindend verfügt hat.

Der Prozeß muß um so mehr gegen den bedingten Erwerber gerichtet werden, weil dieser die Möglichkeit hat, gemäß § 936 BGB. das Eigentum unbelastet von den Rechten Dritter zu erwerben. Diesen Einwand aus § 936 — bezüglich des für den guten Glauben maßgebenden Zeitpunktes gilt das früher Gesagte[181]), wonach teilweise der Augenblick der Verfügung und teilweise der Augenblick der Übergabe, nicht aber der Eintritt der Bedingung maßgebend ist — kann aber nur der bedingte Erwerber geltend machen, nicht der bedingt Übereignende. Dem Erwerber muß die Möglichkeit gelassen werden, seinen gutgläubigen Erwerb geltend zu machen. Läßt man § 325 ZPO. zur Anwendung kommen, so nimmt man damit dem Erwerber aus lediglich prozessualen Gründen einen materiell-rechtlichen Einwand.

Eine Stützung der hier vertretenen Ansicht findet sich noch in § 326, II ZPO., wo bestimmt ist, daß das gegen einen Vorerben ergangene Urteil nicht gegen den Nacherben wirkt, wenn der Vorerbe nicht „befugt ist", ohne Zustimmung des Nacherben über den betreffenden Gegenstand zu verfügen. Diesem Fall der Nacherbschaft liegt die bedingte Übereignung parallel, da der bedingt Übereignende nach § 161 BGB. ebenfalls nicht über den betreffenden

[180]) So auch Strohal, a. a. O., S. 148.
[181]) Siehe S. 73.

Gegenstand verfügen darf. Im Gegensatz zu der erwähnten Auffassung von *Hellwig*[182]) behandelt also die Zivilprozeßordnung den Fall der Prozeßführung ebenso wie eine unberechtigte Verfügung.

Auffallend ist, daß einige Vertreter der Gegenansicht bei einer auflösend bedingten Übereignung sich der herrschenden Meinung[183]) anschließen und § 325 ZPO. nicht angewandt wissen wollen[184]), also dem Urteil gegen den Rückerwerber keine Wirkung zusprechen, obwohl doch auch hier der Eigentumserwerb durch den Rückerwerber erst mit dem Eintritt der Bedingung stattfindet.

Diese Unterscheidung zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung erscheint willkürlich; ich erwähne sie, obwohl die auflösende Bedingung nicht zum Gegenstand dieser Arbeit gemacht ist, nur, weil es in Theorie und Praxis weit verbreitet ist, den Gegensatz dieser beiden Bedingungsarten scharf herauszuarbeiten und sie verschieden zu behandeln. Hierüber seien ein paar Worte gestattet, da m. E. kein grundlegender Unterschied zwischen diesen Bedingungsarten besteht.

Zunächst ist auffallend, daß dem auflösend bedingten Rechtsgeschäfte der dem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte eigenartige Schwebezustand (Anwartschaft) fehlt. Die Wirkung des Rechtsgeschäftes tritt sofort ein, der Erwerber erwirbt sofort; insofern ist also kein Unterschied zu einem unbedingten Rechtsgeschäft, und es war daher vielleicht logisch richtiger, wenn das römische Recht[185]) unter einer Bedingung (condicio) nur die aufschiebende Bedingung verstand. Streng genommen gibt es überhaupt nur eine aufschiebende Bedingung; die auflösende Bedingung ist nicht, wie häufig angenommen wird, die Umkehrung der aufschiebenden Bedingung, sondern sie ist vielmehr eine Ergänzung, eine Erweiterung. Das Wesentliche des auflösend bedingten Rechtsgeschäftes ist die meist zu wenig beachtete Tatsache, daß es eine Kombination zweier Rechtsgeschäfte ist, nämlich zusammengesetzt aus einem unbedingten und einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft. Hierauf deutet auch das Gesetz in § 158, II, zweiter Halbsatz hin: „mit diesem Zeitpunkte (Eintritt der Bedingung) tritt der frühere Rechtszustand wieder ein." Es endigt also nicht nur eine Wirkung, sondern gleichzeitig beginnt auch eine andere Wirkung, die schon zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes vereinbart wurde, also auf einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte beruht.

---

[182]) Siehe oben S. 77.

[183]) Gaupp-Stein, § 325 III 1; Staudinger, § 158, 8 und § 161, 4 e; Oertmann, § 158, 3 (S. 577); Dernburg, Bd. I, § 156 A. 2 (S. 460).

[184]) Kipp bei Windscheid, Baumbach und Neumann, a. a. O. (siehe Anmerkung 178 auf S. 77); und auch Motive, Bd. I, S. 262.

[185]) lex 2 pr. D. 18, 2 (Ulpian, de in diem addictione); die auflösende Bedingung heißt conventio, siehe lex 2 § 3, 4 D. 41, 4. (pro emptore).

Diese Tatsache der Kombination eines unbedingten mit einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte — das unbedingte wird eingeschränkt durch das aufschiebend bedingte — hat zur Folge, daß man keine besonderen Regeln für das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aufzustellen braucht. Die gleichen Regeln, welche für die aufschiebende Bedingung gelten, gelten auch für die auflösende Bedingung, nur unter Umkehrung der Parteirolien[186]). Die auflösende Bedingung ist also keine sachliche Umkehrung der aufschiebenden Bedingung — woraus sich eine verschiedenartige Behandlung ergeben würde —, keine Änderung des Inhalts, sondern lediglich ein Vertauschen der Parteirollen.

Bei einer auflösend bedingten Übereignung wird dies besonders klar. Der zwischen dem Eigentümer A und dem Erwerber B geschlossene auflösend bedingte Übereignungsvertrag überträgt das Eigentum sofort auf B (unbedingte Übereignung) und überträgt es bei Eintritt der Bedingung zurück auf A; dieser Übereignungsvertrag enthält also, von B aus gesehen, einen auflösend bedingten Eigentumserwerb und von A aus gesehen einen aufschiebend bedingten Eigentumserwerb. Was für die eine Partei eine auflösende Bedingung ist, ist für die andere Partei eine aufschiebende Bedingung[187]). Infolgedessen muß bei einer auflösend bedingten Übereignung — der Fall ist meist bei den Sicherungsübereignungen gegeben — beachtet werden, daß für diese Art der Übereignung nichts Besonderes zu gelten hat oder, positiv ausgedrückt, daß alles das zu gelten hat, was bei einer aufschiebend bedingten Übereignung gilt; unterschiedlich nur darin, daß die rechtlichen Stellungen vertauscht sind: A tritt an die Stelle des B und umgekehrt, A wird also der Anwärter und bedingte Erwerber und B wird der Noch-Eigentümer.

Daraus folgt, daß es unlogisch ist, irgendwelche Grundsätze für den aufschiebend bedingten Erwerber aufzustellen, dieselben Grundsätze aber für den Rückerwerber — d. i. derjenige, der unter einer auflösenden Bedingung übereignet hat — zu verneinen; daß es also — um auf den Spezialfall des § 325 ZPO. zurückzukommen — unlogisch ist, einem während der Schwebezeit rechtshängig gewordenen Prozesse Wirkung gegen den aufschiebend bedingten Erwerber zuzubilligen, nicht aber gegen den Rückerwerber[188]).

---

[186]) Damit steht es auch im Einklang, daß das Gesetz in den §§ 160, II und 161, II denjenigen, zu dessen Gunsten der frühere Rechtszustand wieder eintritt, als einen aufschiebend bedingt Berechtigten behandelt.

[187]) So auch Jacobi in JW. 1930, S. 331; eine Andeutung ähnlicher Art findet sich bei Cosack, Bd. I, S. 220.

[188]) Hellwig (System, Bd. I, § 235, S. 817) läßt folgerichtig § 325 ZPO nicht nur gegen den bedingten Erwerber, sondern auch gegen den bedingten Rückerwerber zur Anwendung kommen und zieht damit die Konsequenz aus seiner Lehre, daß die Prozeßführung keine Verfügung sei und daher gegen den bedingten Erwerber wirksam. Der gleichen Ansicht nur noch RGR.-Komm. § 158 A. 5.

VIII. Ist die bedingte Übereignung bereits eine Erfüllung des unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Kaufvertrages?

Die Frage, ob bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer seine Vertragspflichten durch eine bedingte Übereignung bereits vollständig erfüllt hat, ist für verschiedene Rechtsgebiete von Bedeutung. In erster Linie für das Konkursverfahren — der Konkursverwalter kann gemäß § 17 KO. bei einem noch von keiner Seite erfüllten Vertrage die Erfüllung verweigern —, dann aber auch für das Vergleichsverfahren — der Vertragskontrahent ist gemäß § 4 VO. nur an dem Vergleichsverfahren beteiligt, wenn der Vertrag von einer Seite bereits vollständig erfüllt ist; ferner entspricht § 28 VO. dem § 17 der Konkursordnung — und schließlich noch auf dem Gebiete der in den §§ 323 ff. BGB. geregelten Leistungsunmöglichkeit — diese Paragraphen kommen gemäß § 440 BGB. nur zur Anwendung, wenn der Verkäufer seinen Vertragspflichten noch nicht nachgekommen ist.

1. § 17 KO.

In der Literatur und Rechtsprechung ist die Frage, ob im Falle des § 455 BGB. der Verkäufer seine Vertragspflichten durch eine bedingte Eigentumsübertragung bereits vollständig erfüllt hat, sehr häufig, und zwar fast ausschließlich im Zusammenhang mit § 17 KO. behandelt worden. Die weitaus herrschende Lehre hat die Frage verneint und sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Verkäufer erst im Augenblicke des Eigentumsüberganges, also bei Eintritt der Bedingung, vollständig erfüllt, und daß folglich der Konkursverwalter, wenn der Konkurs vor Eintritt der Bedingung eröffnet ist, gemäß § 17 KO. die Erfüllung des Vertrages verweigern kann[189]).

Die Gegenansicht, die dem Konkursverwalter nicht mehr Rechte zugesteht als dem Gemeinschuldner selbst, ihm also das Recht der Erfüllungsverweigerung abspricht, wird nur von wenigen[190]) ver-

---

[189]) Jaeger, § 17 A. 11 und 13; Mentzel, § 17, A. 2 unter Bezugnahme auf RG. 64, S. 207 und 336; Sarwey-Bossert, § 17 Bem. 2 (S. 100); Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Vorbem. vor § 368 A. 155 (S. 1210) u. Bd. V, 1 Einl. A. 263 a; Staub, Anhg. zu § 382 A. 90 und 92; Brecht, S. 296—298; Etzold, S. 33—41; Jaffé, S. 17 und 87 ff.; Kleinrath in L.Z. 1910, 126 ff.; Planck, § 455 A. 2 e; Schlotter in L.Z. 1909, Sp. 49; Staudinger, § 455 II 2 c und IV; Sternberg in JW. 1913, S. 851; Tölke, S. 17/18; RGR.-Komm. § 455 A. 6/7 unter Bezugnahme auf RG. 64, S. 204 ff.; Warneyer, § 455 I; RG. 64, S. 204 ff.; 64, S. 334 ff.; 85, S. 405; 133, S. 40; Enneccerus, Schuldv., § 118 A 3 und Dernburg-Raupe, § 171 A. 11 lassen die Frage unentschieden.

[190]) Wilmowsky, § 17 Bem. 4, Abs. II und § 15 Bem. 5; Flechtheim in Rh.A. Bd. 104 (1908), S. 278 ff.; Lubowski in Z.Bl.F.G. 9, 68 ff. (1908); Oertmann, § 455 Bem. 4 a und in L. Z. 1927, S. 9—16; Rühl, S. 204 ff., hauptsächlich aus rechtspolitischen Erwägungen, mit Rücksicht auf die „unangemessenen Ergebnisse" der h. Lehre (S. 207 oben) und ders. i. L.Z. 1931, Sp. 153 ff.; Stulz i. J.W. 1930, S. 2772.

treten; diese wenigen sind allerdings meist, insbesondere z. B. *Oertmann* und *Rühl* in der Begründung ausführlicher.

Die Verpflichtungen des Verkäufers sind in § 433 BGB. dahin festgelegt, daß der Verkäufer „dem Käufer die Sache übergeben und das Eigentum an der Sache verschaffen" muß. Aus diesem Paragraphen schließt die herrschende Lehre, daß der Verkäufer für den Eigentumsübergang einzustehen habe; er habe nicht bedingtes Eigentum zu verschaffen, sondern unbedingtes Eigentum, also sei eine bedingte Übereignung noch keine vollständige Erfüllung, sondern bedürfe zur Vollendung noch des Erwerbes unbedingten Eigentums; in der Schwebezeit dauerten daher die Verpflichtungen des Verkäufers noch an, es bestehe noch ein Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung.

Ich vermag dieser Begründung nicht zu folgen: mir scheinen der herrschenden Lehre konkursrechtliche Gründe, sachenrechtliche, kaufrechtliche und auch Billigkeitsgründe entgegenzustehen. Zunächst kann ihr der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß sie sich über die Anwendung des § 17 KO. nicht im klaren ist. Im Konkurse des Käufers billigt sie, falls der Konkursverwalter die Erfüllung verweigert, dem Verkäufer das Aussonderungsrecht an der Sache zu. *Jaeger*[191]) und das Reichsgericht[192]) betonen in diesem Zusammenhange, der Sinn des Eigentumsvorbehaltes sei der Schutz des Verkäufers, der aber sei nur gewahrt, wenn man § 17 KO. zur Anwendung kommen lasse; lehne man § 17 ab, so müsse sich der Verkäufer auf die Anmeldung des Kaufpreises als Konkursforderung verweisen lassen.

Diese Auffassung ist irrig; in Wirklichkeit ist es vielmehr im Konkurse des Käufers für das praktische Ergebnis belanglos, ob § 17 KO. zur Anwendung kommt oder nicht. Für den Fall der Erfüllung, also der Zahlung der Restraten durch den Konkursverwalter, liegt dies klar zutage; der verkaufte Gegenstand fällt in die Masse, weil die Zahlung den Eintritt der Bedingung darstellt.

Anders, wenn der Konkursverwalter weitere Zahlungen verweigert. Der verkaufte Gegenstand kann nicht Eigentum des Gemeinschuldners bzw. der Masse werden, weil die Bedingung nicht eintritt; er bleibt also Eigentum des Verkäufers, der ihn nach § 43 KO. aussondern wird, gleichgültig, ob der Konkursverwalter die weiteren Zahlungen mit Recht, nämlich auf Grund des § 17 KO., verweigert oder zu Unrecht, nämlich dem Kaufvertrage zuwider. Es ist nicht verständlich, wie das Reichsgericht dazu kommt, den Verkäufer auf die Anmeldung einer Konkursforderung zu verweisen.

[191]) Jaeger, § 17 A. 11.

[192]) RG. Bd. 64, S. 336; so auch Jaffé, S. 98, der auf die „Vorzugsstellung" des Verkäufers hinweist, sich aber einige Zeilen später selbst widerspricht, indem er schreibt, daß Aussonderung und Anmeldung der Kaufpreisforderung nebeneinander möglich seien.

ist und — wie das Reichsgericht in anderen Entscheidungen[193]) richtig betont — auch nicht durch Anmeldung und Eintragung der restlichen Kaufpreisforderung erlischt; denn der Eigentumsübergang erfolgt nicht durch Anmeldung einer Konkursforderung oder Eintragung in die Tabelle, auch nicht einmal durch Auszahlung einer Konkursquote, sondern nur durch Zahlung des vollen Restkaufpreises.

Der Verkäufer hat demnach im Konkurse des Käufers einen Anspruch auf Aussonderung und eine Konkursforderung in Höhe der vollen Restforderung. Der gleichen Ansicht ist *Rühl*[194]); er will aber die Konkursforderung nach Maßgabe des § 64 KO. auf den Ausfall beschränken; er gibt zu, daß der Wortlaut des § 64 nicht auf den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt paßt (die Voraussetzung des § 64 ist ein Absonderungsrecht), begründet aber (S. 158/159) eine analoge Anwendung mit dem sonst übermäßigen Vorteil des Verkäufers, der die Ware und einen Teil des Kaufpreises bekommt, sowie mit der wirtschaftlichen Ähnlichkeit zum Fall der Sicherungsübereignung; wo allerdings die Rechtsprechung im allgemeinen dem Sicherungseigentümer in Angleichung an den Pfandgläubiger nur ein Absonderungsrecht zugesteht (siehe u. a. Reichsgericht 118, 209 und 124, 75). Aber selbst, wenn man sich dieser Auffassung bei der Sicherungsübereignung, wo den Sicherungseigentümer wirtrungsübereignung die Verpfändung ersetzen soll und von Laien auch häufig als Verpfändung bezeichnet wird —, so scheint es mir doch beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt anders zu liegen. Die Gleichsetzung dieser beiden Rechtsinstitute ist nicht völlig überzeugend. Das Eigentumsverhältnis des Verkäufers unter Eigentumsvorbehalt ist doch wesentlich stärker, da die Sache aus seinem Vermögen stammt und noch zu seinem Vermögen gehört; anders bei der Sicherungsübereignung anschließen will, — weil die Sicheschaftlich nichts mit der Ware, die er häufig nur dem Namen nach kennt, verbindet. Daher betont *Rühl* auch selbst an anderer Stelle (S. 164) — in gewissem Widerspruch zu der Gleichsetzung —, daß der Eigentumsvorbehalt im Verhältnis zu Dritten „mit stärkeren als nur pfandrechtlichen Wirkungen" ausgestattet ist. Ich glaube daher, man wird entsprechend dem Aussonderungsrecht des Verkäufers die Anwendung des § 64 KO. im Falle eines Eigentumsvorbehaltes ablehnen müssen. Den übermäßigen Vorteil, der eintreten kann, wenn schon ein großer Teil des Kaufpreises vor der Konkurseröffnung bezahlt war, vermag der ordnungsmäßig handelnde Kon-

[193]) RG. im Recht 1907, Nr. 1344, S. 642; RG. in L. Z. 190, S. 515, ebenso schon f. d. gemeine Recht RG. Bd. 7, S. 147 ff.; so auch Staudinger, § 455 IV b; Rühl, S. 157 und Düringer-Hachenburg, Bd. IV Vorbem. vor § 368 A 155 (S. 1210).

[194]) S. 157.

kursverwalter dadurch zu verhindern, daß er den kleinen Restkaufpreis bezahlt und dafür die Ware zugunsten der Masse verwertet.

Vereinzelt — z. B. von *Staub*[195]) (Vertreter der herrschenden Lehre) — wird dem Verkäufer-Gläubiger noch über das Aussonderungsrecht hinaus ein Schadensersatzanspruch zugestanden, der als Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Ob das Reichsgericht in den genannten Entscheidungen diesen Anspruch auch zubilligen will, läßt sich nicht klar erkennen; es könnte zweifelhaft sein, weil nach Ansicht des Reichsgerichts der Konkursverwalter zur Verweigerung der Erfüllung berechtigt ist. Aber selbst wenn ein derartiger Schadensersatzanspruch zugebilligt wird, so ist das kein aus § 17 KO. resultierender Vorteil; denn — lehnt man § 17 KO. ab — so besteht dieser Anspruch erst recht, da dann die Verweigerung der Zahlung eine Vertragswidrigkeit enthält, für die der Gemeinschuldner bzw. die Masse einzustehen hat. Es zeigt sich also, daß die Auffassung von *Jaeger* und vom Reichsgericht den Verkäufer-Gläubiger nicht günstiger stellt, sondern eher ungünstiger.

Bedeutungsvoll wird die Verschiedenheit der Auffassungen jedoch erst im Konkurse des Verkäufers. Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung gemäß § 17 KO. ab, verweigert also die Annahme des restlichen Kaufpreises, so ist die Folge der herrschenden Lehre, daß der Konkursverwalter von dem Käufer-Gläubiger die Herausgabe der Sache an die Masse verlangen kann und dieser für die bereits bezahlten Kaufpreisraten lediglich eine Konkursforderung gemäß § 26, S. 1 KO. anmelden darf[196]). Dieses Ergebnis ist zweifellos unbefriedigend[197]): Der Käufer eines wertvollen Gemäldes, der von dem Kaufpreis (6000 *RM*) bereits 5000 *RM* abbezahlt hat, muß das Gemälde, das sich seit Monaten in seinem Besitze befindet, und das er durch Zahlung der restlichen 1000 *RM* mit Sicherheit erwerben zu können glaubte, an die Konkursmasse herausgeben und erhält als Ersatz für die gezahlten 5000 *RM* nur eine Konkursquote von wahrscheinlich nicht einmal 1000 *RM*. Das kann unmöglich richtig sein. Die ganze Unhaltbarkeit dieser Konstruktion zeigt sich in dem noch krasseren Beispiele, das *Schlotter*[198]) — ein Vertreter dieser Auffassung — bringt und dessen Ergebnis er selbst als unbefriedigend bezeichnen muß. Der Käufer hat für die restliche Rate ein Akzept gegeben und ist nun verpflichtet, den gekauften Gegenstand an den Konkursverwalter herauszugeben und trotzdem den Wechsel einzulösen[199]); er hat im Endeffekt den

---

[195]) Staub, a. a. O.

[196]) So u. a. Jaeger, § 17 A. 13; Staub, Anhg. zu § 382 A. 92; Schlotter in L. Z. 1909, Sp. 49; Sternberg in JW. 1913, S. 851.

[197]) So auch Oertmann in L. Z. 1927, S. 10 und Rühl, S. 207/208 und 212.

[198]) Schlotter in L. Z. 1909, Sp. 49.

[199]) Rühl (S. 212) führt dieses Beispiel ebenfalls an als Beweis für die „unangemessenen Ergebnisse" der h. Lehre.

ganzen Kaufpreis bezahlt (der auch der Masse zugute gekommen ist), ohne irgendeinen Gegenwert zu erhalten, abgesehen von der minimalen Rückzahlung in Gestalt der Konkursquote. Die Konkursmasse hat den Kaufpreis und den Kaufgegenstand. Eine logische Folge der falschen Konstruktion. Der Eigentumsvorbehalt ist zur Sicherung des Verkäufers vereinbart worden, nicht aber, um der Konkursmasse, die an die Stelle des Vermögens des Verkäufers tritt, einen unbilligen Vorteil zu verschaffen. Das kann nicht richtig sein und ist auch nicht richtig. Vielmehr ist der Käufer-Gläubiger in der Lage, auf Grund der bedingten Übereignung das endgültige Eigentum durch Zahlung der restlichen Kaufpreisrate zu erwerben. Dies ergibt sich — abgesehen von der Billigkeit — aus den verschiedensten rechtlichen Gründen:

Zunächst kaufrechtliche Gründe. Die Parteien sind verpflichtet, den unbedingt geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen. Ihre Vertragspflichten ergeben sich aber nicht — wie die herrschende Lehre zu Unrecht annimmt — mechanisch aus § 433 BGB. § 433 ist nur für den üblichen Kaufvertrag maßgebend, in dem sich die Parteien lediglich über die Höhe des Kaufpreises einigen, ohne sonst irgendwelche besonderen Vertragsvereinbarungen zu treffen; § 433 ist kein zwingendes Recht, kann also durch die Parteien willkürlich abgeändert werden. Eine solche Abänderung wird im Falle eines Verkaufes unter Eigentumsvorbehalt dahin getroffen, daß der Verkäufer nicht — wie in § 433 vorgesehen — eine unbedingte Übereignung, sondern nur eine bedingte Übereignung vorzunehmen braucht[200])[201]); es wird also mit anderen Worten vereinbart, daß der Verkäufer den Vertrag bereits durch eine bedingte Eigentumsverfügung erfüllt, während im Normalfalle die Erfüllung erst in einer unbedingten Eigentumsverfügung zu erblicken wäre.

Ein Parallelfall möge dies noch erläutern. Die Parteien vereinbaren ungeachtet der in § 433, II BGB. enthaltenen Verpflichtung des Käufers, „den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen", daß der Käufer nur den Kaufpreis zu zahlen, nicht aber die Sache abzunehmen braucht. In diesem Falle würde kein Vertreter der herrschenden Lehre den Kaufvertrag als einen Vertrag ansehen, den der Käufer noch nicht vollständig er-

[200]) So auch OLG. 8, 445 (Colmar 1904); Rühl, S. 194, 3 a. E. und S. 198; Emmerich, S. 51 A. 160; Flatau, S. 41; Düringer-Hachenburg, (alte Aufl. v. 1913) Bd. III, S. 90; Kuhnt, Vollstreckung, S. 8.

[201]) Deshalb besteht während der Schwebezeit auch kein Anspruch mehr auf Verschaffung des Eigentums; so auch Gaupp-Stein, § 857 II 9 und Rühl, S. 168 und 196 oben (damit allerdings nicht ganz im Einklang, S. 193, 1, wo Rühl von dem „vom Verkäufer herzustellenden Leistungserfolg" spricht; m. E. kann, wenn ein „auf positive Leistungen gerichteter Anspruch des Vorbehaltskäufers" (S. 196 oben) nicht mehr besteht, auch nicht von einer Verpflichtung, den Leistungserfolg „herzustellen", gesprochen werden).

füllt hat. So aber liegt es auch hier. Der Verkäufer ist laut Vereinbarung nur verpflichtet, das Eigentum dem Käufer so zu „verschaffen", also so zu übertragen, daß es mit dem Eintritt der Bedingung ipso iure übergeht. Das aber ist durch eine bedingte Übereignung geschehen und damit der Vertrag erfüllt.

Daß die von zwei Reichsgerichtsentscheidungen[202]) gegebene Begründung, der Verkäufer habe während der Schwebezeit noch nicht voll erfüllt, weil er bei Eintritt der Bedingung noch den Willen haben müsse, das Eigentum zu übertragen, nicht stichhaltig ist, wurde bereits an anderer Stelle[203]) gezeigt. Wer den Übereignungswillen zur Zeit des Eintritts der Bedingung verlangt, leugnet das bedingte Verfügungsgeschäft und läßt nur ein bedingtes Verpflichtungsgeschäft zu. Denn, wenn der Wille noch im Augenblicke des Eigentumsüberganges vorhanden sein muß, so liegt keine bedingte Übereignung vor, sondern eine unbedingte Übereignung im Augenblicke des Eintritts der Bedingung. Daher spricht denn auch das Reichsgericht im 64. Bande[204]) fälschlich von der „suspendierten Verpflichtung", das Eigentum zu verschaffen. Dieser reichsgerichtlichen Begründung ist weder die Literatur noch das Reichsgericht[205]) selbst gefolgt. Vielmehr begnügte man sich mit der bereits widerlegten Begründung aus § 433 BGB. und der ebenfalls schon besprochenen, nicht stichhaltigen Behauptung, die Anwendung des § 17 KO. sei für den Gläubiger günstiger[206]).

Teilweise — z. B. vom Reichsgericht im 85. Bande[207]) und von *Fromherz*[208]) — wird sogar ausdrücklich zugegeben, daß der Verkäufer alles getan hat, was zur Erfüllung nötig ist; dann wird aber fortgefahren, es sei „rechtlich", „nach der dinglichen Seite hin" noch nicht erfüllt. Diese Unterscheidung ist nicht ganz verständlich, denn „erfüllen" ist kein dinglicher, sondern ein schuldrechtlicher Ausdruck. Eine Verfügung wird nicht erfüllt, sondern ist die Erfüllung eines zugrunde liegenden obligatorischen Vertrages; nach § 362 BGB. ist „erfüllen" das Bewirken der „geschuldeten Leistung" und diese Erfüllung bringt das Schuldverhältnis zum Erlöschen. Im Falle des § 455 ist demnach die bedingte Übereignung die Erfüllung; von dem Augenblicke der Verfügung an bestehen keine Verpflichtungen des Verkäufers mehr aus dem Kaufvertrage.

---

[202]) Bd. 64, S. 204 ff. und Bd. 95, S. 105 ff.
[203]) S. 33/34 und. S. 19 ff., insbes. S. 21/22.
[204]) a. a. O.
[205]) Abgesehen von der Reichsgerichtsentscheidung im 95. Bande und einigen Kommentaren, die aber nicht maßgebend sein können, weil sie beide Ansichten vertreten; siehe hierüber oben S. 34/35.
[206]) So insbesondere Jaeger, § 17 A 11 und RG. 64, 334 ff. und 85, 320.
[207]) RG. 85, S. 405.
[208]) In Z.Z. 39, 407, ähnlich auch Tölke, S. 11.

Man wende nicht ein, daß der Verkäufer während der Schwebezeit keine neue Verfügung vornehmen darf (§ 161 BGB.) und auch nichts tun darf, wodurch der Eintritt der Bedingung verhindert wird (§ 162 BGB.). Diese und ähnliche in einem Unterlassen bestehenden Verpflichtungen, auf die sich u. a. *Fromherz*[209]) und *Etzold*[210]) berufen, beruhen nicht auf dem Kaufvertrage, sondern auf der durch die bedingte Übereignung geschaffenen Anwartschaft des Käufers bzw. auf einer allgemeinen Rechtspflicht, die jedem — sogar dem unbeteiligten Dritten — verbietet, in unerlaubter Weise die Rechte anderer zu schmälern. Für § 17 KO. kommen aber nur Verpflichtungen in Betracht, die aus dem Kaufvertrage hergeleitet werden, nicht Verpflichtungen, die aus der Anwartschaft, also aus dem Gesetz (§§ 161/162) resultieren; ebensowenig wie z. B. der Unterlassungsanspruch, den der Eigentümer bzw. Besitzer auf Grund der §§ 1004 und 862 hat.

Sicherlich sind Fälle denkbar, in denen dem Verkäufer durch den Kaufvertrag noch besondere Verpflichtungen auferlegt werden, die während der Schwebezeit oder gar noch über die Zeit des Eigentumsüberganges hinaus Bedeutung haben; dann ist allerdings der Kaufvertrag von dem Verkäufer während der Schwebezeit noch nicht voll erfüllt. Das ist aber ohne Bedeutung, da der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch die Vereinbarung von Verpflichtungen über § 433 oder § 455 hinaus gestattet, und braucht nicht besonders untersucht zu werden, da es hier nur auf die Gegenüberstellung eines üblichen Kaufvertrages mit unbedingter Übereignung (§ 433) und eines üblichen Kaufvertrages mit bedingter Übereignung (§ 455) ankommen kann.

Gegen die herrschende Lehre spricht weiter der Sinn und Zweck einer bedingten Übereignung. Auch hier wieder läßt es die herrschende Lehre an einer strengen Unterscheidung zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft fehlen[211]). Der Sinn der bedingten Übereignung geht dahin, daß der Eigentumsübergang als Wirkung der bereits bindend vorgenommenen Verfügung bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses ipso iure erfolgt, losgelöst von dem Willen des Verfügenden. Er vermag die Wirkung seiner Verfügung nicht mehr zu verhindern, weder durch einen entgegenstehenden Willen[212]), noch durch eine neue Verfügung (§ 161), noch durch Verhinderung der Bedingung (§ 162), noch auch schließlich durch Verweigerung des Kaufpreises, die wegen der Hinterlegungs-

---

[209]) In Z.Z. 39, S. 476 und 487.

[210]) Etzold, S. 33—41, wogegen sich auch Rühl (S. 195) wendet.

[211]) Siehe oben S. 31 ff.

[212]) Emmerich, S. 55; Hein, S. 275; Lubowski in Z.Bl.F.G. 9, 68/69; Strohal, S. 152—155 und siehe auch oben S. 20 und dort Anm. 21, und S. 21/22.

möglichkeit nach § 378 BGB.[213]) und dann auch mit Rücksicht auf die Fiktion des § 162 BGB.[214]) ohne Bedeutung für die dingliche Wirkung der Verfügung bleibt. Ist aber die Wirkung der Verfügung dem Einflusse des Verfügenden entzogen und tritt ipso iure ein, wenn die Bedingung eintritt, so läßt sich auch kein Einstehen des Verfügenden für die Wirkung seiner Verfügung konstruieren, und es läßt sich nicht behaupten, daß der Verfügende noch irgend etwas zu erfüllen hat. Der Eigentumsübergang vollzieht sich — nachdem einmal bindend verfügt ist — kraft Gesetzes (§ 158 BGB.), nicht kraft Rechtsgeschäftes. Von „erfüllen" kann aber nur gesprochen werden, wenn der Verkäufer noch eine rechtsgeschäftliche Handlung vornehmen muß. Der Verkäufer erfüllt den obligatorischen Vertrag durch die Vornahme einer gültigen Eigentumsübertragung; ob diese Eigentumsübertragung wirksam wird, hängt nicht von ihm ab, sondern von dem Käufer. Es ist eine gedanklich allzu kühne Vorstellung, die spätere Zahlung des Käufers als eine Erfüllung seitens des Verkäufers anzusehen.

Überdies: der bedingte Erwerber hat während der Schwebezeit ein Anwartschaftsrecht, also eine rechtlich gesicherte, zuverlässige Aussicht auf den Eigentumserwerb. Es ist der Zweck der bedingten Übereignung, daß dieser sichere Eigentumserwerb nur durch den Ausfall der Bedingung beseitigt werden kann oder durch rechtsgeschäftliche Aufhebung der Verfügung, die aber nur im Einverständnisse mit dem Erwerber, nicht gegen seinen Willen zulässig ist; denn die Aufhebung einer Verfügung bedeutet den Verzicht desjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt ist. Diesen Verzicht muß der Erwerber erklären, er läßt sich nicht durch eine Erklärung des an die Stelle des Vertragsgegners getretenen Konkursverwalters ersetzen.

Auf den Konkursverwalter — und damit komme ich zu der konkursrechtlichen Widerlegung der herrschenden Lehre — ist durch die Konkurseröffnung das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners übergegangen. Er kann daher an Stelle des Gemeinschuldners neue Verfügungen treffen, er kann aber nicht alte Verfügungen wieder aufheben. Gegen dingliche Rechte ist der Konkursverwalter genau so machtlos wie der Gemeinschuldner; eine bevorzugte Stellung ist ihm durch § 17 KO. nur gegenüber obligatorischen Ansprüchen eingeräumt. Ich glaube, es wird von der herrschenden Lehre nicht genügend beachtet, daß § 17 KO. nur für obligatorische Verträge geschaffen ist, während dingliche Verträge auch im Konkurse unangetastet bleiben. Verfügungen des Gemeinschuldners lassen sich nur im Rahmen der Anfechtungs-

---

[213]) So auch Oertmann, § 455 Bem. 4 a und Rühl, S. 89, *2* und S. 194.
[214]) Ebenso K.G. in OLG. 26, 57.

bestimmungen[215]) rückgängig machen, also nur unter der besonderen Voraussetzung, daß dem Erwerber zur Zeit der Verfügung die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners bereits bekannt war, oder — falls es sich um frühere Verfügungen handelt — daß die Absicht bestand, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen.

Jaeger[216]) weist zur Begründung seiner Ansicht auf den Grundsatz des Konkursrechts hin, „daß die Stellung der Beteiligten durch die Rechtslage zur Zeit der Konkurseröffnung bestimmt wird". Das ist richtig, vermag aber seine Ansicht nicht zu stützen. Denn das Entscheidende ist nicht, daß das Eigentum noch dem Gemeinschuldner zusteht, sondern die Tatsache, daß der Gemeinschuldner über dieses Eigentum bereits bindend verfügt hat. Die objektive Rechtslage wird durch die Anwartschaft des Erwerbers gekennzeichnet. Wenn nun der Konkursverwalter auf Grund des § 17 KO. die Erfüllung verweigern darf, zerstört er die Anwartschaft und damit die objektive Rechtslage zur Zeit der Konkurseröffnung. Gerade der von *Jaeger* angeführte, konkursrechtliche Grundsatz zwingt also zu der hier vertretenen Auffassung, daß auch die Konkurseröffnung die Wirkung der bedingten Übereignung, nämlich den Eigentumsübergang bei Eintritt der Bedingung nicht verhindert.

Hiermit stimmt auch § 161, I, S. 2 BGB. überein, wonach die Zwischenverfügung des Konkursverwalters in gleicher Weise unwirksam ist, wie die Zwischenverfügung des bedingt Übereignenden selbst, hier also des Gemeinschuldners. Der bedingte Erwerber erwirbt demnach mit Eintritt der Bedingung das Eigentum sogar dann, wenn der Konkursverwalter bereits über den Gegenstand zugunsten eines Dritten verfügt hat. Um so mehr — folgert *Wilmowsky*[217]) mit Recht — muß er das Eigentum erwerben, wenn der Konkursverwalter noch nicht verfügt, also den Gegenstand noch nicht für die Masse verwertet hat.

Abschließend sei noch auf die sehr interessanten Ausführungen von *Oertmann* in seinem Aufsatze „Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers[218])" hingewiesen. *Oertmann,* ebenfalls ein Gegner der herrschenden Lehre, unterscheidet zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg[219]), wobei unter Leistungserfolg das gleiche zu verstehen ist, was in dieser Arbeit entsprechend dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit „Wirkung" oder „Wirksamkeit" bezeichnet wird. Gegen die Ausdrücke „Leistungshandlung" und „Leistungserfolg" habe ich an

[215]) §§ 29 ff. KO.
[216]) § 17 A. 11.
[217]) Wilmowsky-Kurlbaum, § 15 Bem. 5.
[218]) In L. Z. 1927, S. 9—16.
[219]) Ebenso auch Enneccerus, Schuldv., § 118 A 3 und Etzold, S. 33—41.

sich nichts einzuwenden, obwohl ich keinen Grund sehe, von der Ausdrucksweise des Gesetzbuches, welches von der Wirkung, nicht von dem Erfolge eines Rechtsgeschäftes spricht, abzuweichen; inkonsequent aber erscheint es mir, wenn *Oertmann* sagt, in § 17 KO. sei Leistungshandlung gemeint, „obwohl" dort Erfüllung stände. Das klingt, als verstände das Gesetz unter Erfüllung den Leistungserfolg. Das scheint aber nicht richtig, weil in § 362 BGB. „erfüllen" als das Bewirken der geschuldeten Leistung definiert wird. Erfüllen ist also nicht mehr als leisten, insbesondere ist es nicht die Wirkung der Leistung[220]). Wenn das Gesetz in den §§ 362 ff. die Ausdrücke „leisten" und „erfüllen" nebeneinander gebraucht, so liegt das daran, daß nicht jede Leistung des Schuldners Erfüllung ist, sondern eben nur die geschuldete Leistung. Da aber *Oertmann* unter „Leistungshandlung" die geschuldete Leistung versteht, so deckt sich folglich der Ausdruck „Erfüllung" mit den „Leistungshandlungen" im *Oertmannschen* Sinne; *Oertmann* hätte also korrekt sagen müssen, in § 17 KO. sei Leistungshandlung gemeint, weil dort Erfüllung stände. Auf diesen an sich geringen Fehler glaubte ich hinweisen zu müssen, weil gerade auf dem Mißverstehen des Wortes „erfüllen" die Lehre beruht, daß erst mit dem Leistungserfolge, also erst mit Eintritt der Bedingung erfüllt werde.

Über den Fall der auflösend bedingten Übereignung ist nichts Besonderes zu sagen. Es genügt, auf die früheren Ausführungen[221]) über die auflösende Bedingung zu verweisen, wonach sie sich von der aufschiebenden Bedingung nicht durch anderen Inhalt, sondern nur durch Umkehrung der Parteirollen unterscheidet. Bei der auflösend bedingten Übereignung gilt das, was hier für den Konkurs des Käufers gesagt wurde, für den Konkurs des Verkäufers und umgekehrt.

2. § 4 und § 28 VO.

Der zweite Fall, in dem die Frage der Erfüllung eine Rolle spielt, ist § 4 des Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. An einem Vergleichsverfahren sind nur diejenigen Gläubiger beteiligt, deren Ansprüche auf Verträgen beruhen, die von einer Seite bereits vollständig erfüllt sind. Für die Entschei-

---

[220]) Ähnlich Planck, Bd. II, 1 Vorbem. III B 2, S. 21/22, der die Erfüllung im Sinne des Leistungserfolges nicht „Gegenstand des Rechtsbefehls" sein läßt. Anders F. Leonhard im Schuldrecht, § 17, S. 42/43, der betont, daß der Schuldner „den gesamten Erfolg der Leistung bewirken" müsse, da der Befehl der Rechtsordnung darauf gerichtet sei. Dem vermag ich nicht ganz zuzustimmen; es scheint mir nicht im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes, welches in § 362 nur von der Bewirkung der Leistung, nicht des Erfolges der Leistung spricht.

[221]) Siehe oben S. 79/80.

dung der Frage, ob demnach der Gläubiger aus einem unter Eigentumsvorbehalt getätigten Kaufe am Vergleichsverfahren beteiligt ist oder nicht, sind keine besonderen Untersuchungen erforderlich. Da § 4 VO. in seiner Voraussetzung genau den gleichen Wortlaut hat wie § 17 KO., muß alles dort Gesagte auch hier Geltung haben. Der unbedingte Kaufvertrag ist durch die bedingte Übereignung seitens des Verkäufers vollständig erfüllt, infolgedessen ist der Vertragskontrahent des zahlungsunfähigen Schuldners am Vergleichsverfahren beteiligt, wenigstens, soweit es sich um Ansprüche handelt, die im Konkurse nicht bevorrechtigt sein würden (§ 2 VO.). Anderer Ansicht ist das Kammergericht in einer neueren Entscheidung[222]), wo es die für das Konkursverfahren aufgestellte herrschende Lehre auch auf das Vergleichsverfahren anwendet[223]).

Da die Grundlagen des § 17 KO. und der §§ 4 und 28 VO. die gleichen sind, ist nur noch etwas über den praktischen Unterschied zwischen der kammergerichtlichen und der hier vertretenen Ansicht zu sagen. Auch darin liegt es ähnlich wie im Konkursverfahren. Im Vergleichsverfahren des Käufers ist es unerheblich, ob man § 4 für gegeben hält oder nicht; in beiden Fällen kann der Verkäufer-Gläubiger, wenn sein Schuldner den Kaufpreis nicht bezahlt, einen Aussonderungsanspruch geltend machen, sowie einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages und in beiden Fällen ist er mit diesem Schadensersatzanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt; nach diesseitiger Auffassung, weil es sich um einen von dem Verkäufer bereits erfüllten Vertrag handelt, der vom Käufer verletzt wird (§ 4 in Verbindung mit § 2 VO.), nach der kammergerichtlichen Auffassung, weil § 30 VO., dessen Anwendung ausdrücklich im § 4 geboten wird, den am Verfahren grundsätzlich nicht beteiligten Gläubiger bezüglich des Schadensersatzanspruches am Verfahren beteiligt. Die ausdrückliche Zubilligung eines Schadensersatzanspruches in § 30 VO. ist eine Neuerung gegenüber der Konkursordnung, wo es — wie früher erwähnt[224]) — mit Rücksicht darauf, daß der Konkursverwalter zu der Nichterfüllung des Vertrages berechtigt ist, zweifelhaft erscheint, ob die herrschende Lehre dem Vertragskontrahenten einen Schadensersatzanspruch zubilligen darf.

Ebenso wie im Konkursverfahren ist der Unterschied der Auffassungen über die Erfüllung des Vertrages im Vergleichsverfahren des Verkäufers von Bedeutung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Beteiligung am Verfahren gemäß § 4 VO. für den Käufer-Gläubiger ohne Bedeutung, weil er keinen

---

[222]) In JW. 1930, S. 1077 u. auch Düringer-Hachenburg, Bd. IV, Vorbem. vor § 368 A 155 (S. 1210).

[223]) So auch Kiesow, § 4 A 8a (S. 132 f.); s. auch A 225.

[224]) Siehe oben S. 84.

obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer, der bereits erfüllt hat, geltend machen will; wichtig ist es aber für ihn, daß der dem § 17 KO. entsprechende § 28 VO. nicht zur Anwendung kommt und daher der Schuldner die bedingte Übereignung nicht rückgängig machen kann. Der Käufer-Gläubiger wird den Kaufpreis, bzw. die restlichen Raten bezahlen und damit Eigentum erwerben.

Anders nach der herrschenden Lehre: Der Schuldner verweigert mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung des Vertrages gemäß § 28 VO. und verhindert damit den Eigentumsübergang auf den Käufer-Gläubiger[225]); dieser erhält gemäß § 30 VO. nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, also nur eine Vergleichsquote. Dasselbe unbillige Ergebnis wie im Konkursverfahren. Dem Schuldner ist der größte Teil des Kaufpreises bezahlt, und trotzdem darf er den Kaufgegenstand behalten. Im Vergleichsverfahren ist dieses Ergebnis noch unbilliger und rechtlich noch unhaltbarer, als im Konkursverfahren, wo das besondere Verweigerungsrecht vom Konkursverwalter zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger geltend gemacht wird. Hier aber steht das Verweigerungsrecht dem Schuldner selbst zu, und der unverdiente Vorteil, den Kaufgegenstand behalten zu können, ist sein eigener Vorteil, da er im Vergleichsverfahren im Gegensatz zum Konkursverfahren nicht sein gesamtes Vermögen zu opfern braucht, wenn es ihm gelingt, die Mehrzahl der Gläubiger einem Vergleiche, der ihm selbst noch einiges läßt, geneigt zu machen; das aber gelingt den Schuldnern in der Praxis außerordentlich oft. Das Ergebnis ist daher, daß der Schuldner, der bereits bindend über den Kaufgegenstand verfügt hatte, gewissermaßen für seine Zahlungsunfähigkeit belonht wird, indem er den Kaufgegenstand trotz seiner Verfügung und trotz des teilweise bezahlten Kaufpreises behalten darf. Auch hier zeigt sich die Unzulänglichkeit der herrschenden Lehre.

3. §§ 323 ff. BGB.

(nachträgliche Leistungsunmöglichkeit.)

In einem früheren Abschnitte[226]) wurde gezeigt, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung während der Schwebezeit nach § 446 BGB. den Käufer trifft, daß also der Verkäufer trotz des Unterganges oder trotz der Verschlechterung der Sache seinen Anspruch auf den Kaufpreis behält. Es sind nun noch diejenigen Fälle zu entscheiden, die nicht von § 446 betroffen werden, weil es sich um keinen Untergang und

[225]) Siehe Kiesow, § 28 A. 38 (S. 311).

[225]) Siehe Kiesow, § 28 A. 38 (S. 288). In neuerer Zeit ist die herrschende Lehre allerdings durch einige Aufsätze etwas erschüttert, s. Kiesow, § 4 A 8a (S. 133). Rühl i. L.Z. 1931, Sp. 158; Merkel i. J.W. 1931, S. 2088 f. und 1932, S. 157; Ebertsheim i. J.W. 1930, S. 3704 und Stulz i. J.W. 1930, S. 2772.

keine Verschlechterung der Sache handelt; z. B. wenn die verkaufte Sache während der Schwebezeit durch den Staat beschlagnahmt oder seitens eines Dritten gepfändet und versteigert wird. Behält dann der Verkäufer seinen Anspruch auf den Kaufpreis oder kommen vielmehr die §§ 323 ff. (nachträgliche Leistungsunmöglichkeit) in Betracht, verliert also der Verkäufer seinen Anspruch und macht sich evtl. gemäß § 325 sogar noch schadensersatzpflichtig?

Diese Frage deckt sich mit der bereits behandelten Frage, ob der Verkäufer den Kaufvertrag mit der bedingten Übereignung vollständig erfüllt hat; denn die §§ 323 ff. setzen voraus, daß beide Parteien den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt haben, daß noch ein Anspruch auf Leistung und Gegenleistung besteht. Meine Meinung geht demnach dahin, daß der Verkäufer, der bedingt übereignet hat, auf jeden Fall — gleichgültig, was sich während der Schwebezeit mit der verkauften Sache ereignet — seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises behält. Da der Verkäufer bereits geleistet hat, kann nicht mehr von einer nachträglichen Leistungsunmöglichkeit gesprochen werden.

In der Literatur und Rechtsprechung[227]), in der diese Frage aber nur selten behandelt worden ist, entschied man sich — entsprechend der herrschenden Lehre über den noch nicht erfüllten Vertrag — zugunsten des Käufers. Zur Widerlegung dieser Auffassung muß alles das gelten, was bereits gegen die herrschende Lehre von mir in den Ausführungen bezüglich § 17 KO. vorgebracht wurde[228]).

Die Anwendung der §§ 323 ff. BGB. läßt sich nicht mit dem rechtlichen Zweck des Eigentumsvorbehaltes in Einklang bringen. Durch den Eigentumsvorbehalt will sich der Verkäufer sichern; er will aber im übrigen nicht schlechter gestellt sein, als bei einem Kaufvertrage mit unbedingter Übereignung. Der bedingte Erwerber ist während der Schwebezeit bereits der wirtschaftliche Eigentümer, er mag auch den Schaden tragen, der in dieser Zeit durch Zufall eintritt.

Man darf nicht vergessen, daß der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt auf einem Entgegenkommen des Verkäufers beruht, der dem Käufer den vereinbarten Preis stundet. Dieses Entgegenkommen betrifft aber nur den Zeitpunkt der Zahlung, nicht die Zahlung selbst. Gegen die Verpflichtung zur Zahlung darf der Käufer nachträglich ebensowenig Einwendungen machen, wie z. B. gegen die Höhe der Zahlung; beides ist durch den Kaufvertrag bindend festgelegt. Das in einem Verkaufe unter Eigentumsvor-

[227]) Düringer-Hachenburg, III, S. 32 (alte Aufl. v. 1913); Oertmann in L.Z. 1927, S. 15; RG. 66, 344 ff.; 71. 188 ff.; 85, 320 f., hier aber nur beiläufig erwähnt; a. A. nur OLG. 8, 445 (Colmar) und Rühl, S. 198.

[228]) Siehe oben S. 81—90.

behalt bereits enthaltene Risiko des Verkäufers darf nicht noch durch juristische Konstruktionen vermehrt werden.

Der vom Reichsgericht in Bd. 66 entschiedene Fall[229]), der zunächst an das Oberlandesgericht zurückverwiesen und dann vom Reichsgericht zum zweiten Male[230]) entschieden wurde, ist recht interessant und zeigt, daß auch das Reichsgericht die in der Anwendung des § 325 BGB. liegende Unbilligkeit empfand und zu beseitigen versuchte. Der vom Reichsgericht gewählte Ausgleich scheint mir allerdings juristisch nicht möglich.

Es handelt sich um folgenden einfachen Tatbestand: Der Kläger hatte an den Beklagten eine Druckerei unter Eigentumsvorbehalt verkauft. Da der Beklagte seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkam, hatte der Kläger, um sein Eigentum zu schützen, eine Pfändung vornehmen lassen. Gleichzeitig hatten aber auch noch andere Gläubiger des Beklagten dieselben Gegenstände der Druckerei gepfändet. Nach anschließender Versteigerung, die wenig brachte, verlangte der Kläger im Klagewege Zahlung. Der Beklagte beantragte Klagabweisung, weil dem Kläger die Erfüllung unmöglich geworden sei und er, der Beklagte, daher nach § 325 BGB. vom Vertrage zurücktreten könne.

Das Reichsgericht entschied, daß eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit vorliege, und es daher darauf ankomme, wer diese Unmöglichkeit zu vertreten habe; soweit die Pfändung durch Dritte erfolgt sei, sei die Unmöglichkeit vom Beklagten zu vertreten, woraus sich dessen Haftung nach § 324 BGB. ergebe; soweit aber der Kläger selbst gepfändet habe, sei die Unmöglichkeit von ihm zu vertreten und begründe seine Haftung nach § 325. Da demnach beiderseitiges Verschulden in Betracht komme, müsse § 254 BGB. angewandt werden. Das Oberlandesgericht hatte im Gegensatz zum Reichsgericht § 254 abgelehnt und dementsprechend die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Ich halte die Konstruktion des Reichsgerichts nicht für richtig. Durch die Verschiebung der Frage auf das Gebiet, wer die angebliche Unmöglichkeit zu vertreten hat, entsteht eine Rechtsunsicherheit. Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Käufer die durch eine Pfändung seiner Gläubiger eintretende Unmöglichkeit zu vertreten hat. Eine große Anzahl Schuldner kommt ohne Verschulden in Zahlungsschwierigkeiten. Die Vertretung der Leistungsunmöglichkeit setzt aber Verschulden voraus (§ 275 BGB.). Auch hing es nicht von dem Schuldner ab, welchen Gegenstand der Gläubiger pfändet. In vieler Fällen wird man daher die Pfändung eines Dritten als eine Tatsache ansehen müssen, die weder von dem Verkäufer

[229]) Bd. 66, S. 344 ff.
[230]) Bd. 71, S. 188 ff.

noch dem Käufer zu vertreten ist. Dann aber käme § 323 BGB. zur Anwendung — wer die §§ 324 und 325 anwendet, muß auch § 323 berücksichtigen —, und der Verkäufer verliert damit seinen Anspruch auf Zahlung.

Überdies: es läßt sich durchaus auch der Standpunkt vertreten, daß der Kläger (Verkäufer) auch die auf Grund der Pfändung Dritter vorgenommene Versteigerung zu vertreten hat. Die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichts scheint willkürlich. Wenn nämlich der Kläger noch die Verpflichtung hatte, für den Eigentumsübergang bei Eintritt der Bedingung einzustehen, so hätte er gegen die pfändenden Gläubiger vorgehen müssen; er war hierzu gemäß § 771 ZPO. als Eigentümer der gepfändeten Sache in der Lage und ist, da ihn noch eine Leistungsverpflichtung trifft, verpflichtet, die gesetzlichen Schritte zu unternehmen, um seine Eigentumsverschaffungspflicht erfüllen zu können; unterläßt er diese Schritte, so hat er auch die dadurch eintretende Leistungsunmöglichkeit zu vertreten.

Es ist zuzugeben, daß in dem vom Reichsgericht entschiedenen speziellen Falle es vielleicht durch Anwendung des § 254 möglich war, der Billigkeit zuliebe einen Ausgleich zu schaffen. Ein solcher Ausgleich wäre aber z. B. nicht möglich bei einem Tatbestande, der zweifellos weder vom Verkäufer noch vom Käufer zu vertreten ist, also z. B. in dem schon erwähnten Falle der Beschlagnahme von hoher Hand[231]). Dort müßte nach der Ansicht des Reichsgerichts § 323 BGB. zur Anwendung kommen und der Verkäufer den entstandenen Schaden allein tragen.

Die in den vorstehenden Ausführungen zum Ausdruck gekommene Rechtsunsicherheit, die für den Verkäufer das Risiko schafft, evtl. durch Zufall seinen Anspruch auf den Kaufpreis zu verlieren, obwohl er gerade diesen Anspruch dinglich sicherstellen wollte, ist beseitigt, wenn man — entsprechend der Parteivereinbarung — die bedingte Übereignung als Erfüllung seitens des Verkäufers ansieht. Für diese Auffassung spricht auch die Erwägung, daß bei der reichsgerichtlichen Auffassung der Kläger sich günstiger gestanden hätte, wenn kein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden wäre. Dann hätte nämlich das Reichsgericht seiner Klage auf Zahlung des Kaufpreises ohne weiteres stattgegeben, auch wenn er selbst durch seine Pfändung die Versteigerung verursacht hatte.

Abschließend ist noch auf den schon mehrfach erwähnten Aufsatz *Oertmanns*[232]) über die Erfüllungspflicht des Verkäufers einzugehen. *Oertmann* läßt § 323 BGB. zur Anwendung kommen, obwohl er vorher ausführlich begründet hat, daß der Verkäufer den

[231]) Vgl. auch RG. 106, 16 f.
[232]) In L. Z. 1927, Sp. 9—16.

Vertrag bereits durch eine bedingte Übereignung erfüllt hat; er steht auf dem Standpunkte, daß im § 323 das Wort „Leistung" nicht als Leistungshandlung, sondern als Leistungserfolg aufzufassen sei. Dem vermag ich nicht zu folgen. Ich habe bereits ausgeführt, daß das Gesetz unter „Leistung" die Leistungshandlungen im *Oertmannschen* Sinne versteht, während es den „Leistungserfolg" als „Wirkung" des Rechtsgeschäftes bezeichnet[233]). Es ist nicht einzusehen, warum im Falle des § 323 etwas anderes gelten soll[234]), zumal dieser Paragraph in dem „Recht der Schuldverhältnisse" steht, in denen grundsätzlich nur die schuldrechtlichen Verpflichtungen behandelt werden, nicht aber die Frage, ob jemand für den dinglichen Erfolg seiner Leistung einzustehen hat. Hätte in § 323 ein Einstehen für den Leistungserfolg konstituiert werden sollen, so hätte dies unumwunden zum Ausdruck kommen müssen, etwa durch einen Hinweis, daß die Leistung erst als beendet gilt, wenn der dingliche Erfolg eingetreten ist. Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch und auch dem Sprachgebrauche des BGB. läßt sich aus dem Worte „leisten" kein Einstehen für den Leistungserfolg herauslesen[235]).

Oertmann beruft sich zu Unrecht auf eine Reichsgerichtsentscheidung im 106. Bande[236]). Dieser Entscheidung liegt ein gewöhnlicher Kaufvertrag zugrunde, kein Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Aus dieser Entscheidung läßt sich daher nur die richtige Auffassung des Reichsgerichts erkennen, daß eine Beschlagnahme während des Transportes keine Gefahr i. S. der §§ 446/447 BGB. darstellt und daher als nachträgliche Leistungsunmöglichkeit, die von keinem der Vertragskontrahenten zu vertreten ist, nach § 323 BGB. zu Lasten des Verkäufers geht. Es ist also eine Entscheidung über die Gefahrtragung, wenn eine Beschlagnahme während des Transportes erfolgt, nicht aber eine Entscheidung über die Gefahrtragung, wenn die Beschlagnahme während der Schwebezeit vorgenommen wird.

---

[233]) Siehe oben S. 89/90.

[234]) Rühl (S. 198) deutet ebenfalls das Wort „Leistung" in § 323 BGB. als „Leistungshandlung", allerdings ohne auf die abweichende Ansicht Oertmanns einzugehen.

[235]) Im Ergebnis ebenso Rühl, S. 198, II.

[236]) Bd. 106, S. 16 ff.

Schlußwort.

Das wichtigste Moment, das in den Untersuchungen dieser Arbeit hervorgetreten ist, liegt in den anfangs behandelten, grundlegenden Unterschieden zwischen gültig und wirksam und zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft. Die bedingte Übereignung ist ein gültiges Verfügungsgeschäft, dessen Wirkung zwar von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses (Bedingung) abhängig gemacht ist, aber im übrigen unabänderlich feststeht. Kein Ereignis während der Schwebezeit vermag den Eigentumsübergang bei Eintritt der Bedingung zu vereiteln. Die Wirkung der Verfügung tritt ein, wenn die Bedingung eintritt, gleichgültig, ob die Parteien diesen Zeitpunkt noch erleben, oder ob sie willensunfähig geworden sind, gleichgültig, ob eine oder beide Vertragskontrahenten in Konkurs geraten sind, gleichgültig, ob einer von beiden während der Schwebezeit eine neue Verfügung getroffen oder gar ausdrücklich den Übereignungsvertrag widerrufen hat.

Angesichts dieses Ergebnisses ist es interessant, auf die bekannte Stelle in den Digesten[237]) zurückzublicken, wo *Julian* sagt: „Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen condicione, ut tunc demum mea fieret, cum Seius consul factus esset: *sive furente eo sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet.*"

Zwar erwähnt *Julian* keinen Grundsatz, sondern nur Spezialfälle, welche die Wirkung der bedingten Übereignung nicht vereiteln können; aber gerade diese beiden Spezialfälle der Willensunfähigkeit und des Todes desjenigen, der die Verfügung getroffen hatte, lassen den Grundsatz erkennen, daß der Eigentumsübergang von dem Willen der Parteien unabhängig sein soll, weil die Übereignung bereits bindend vorgenommen ist.

Allerdings steht ein Ausspruch des *Ulpian*[238]) in gewissem Widerspruche zu *Julians* weitgehender Auffassung. *Ulpian* sagt:

„Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et *vereor,* ne non possint in dominio eius effici cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur condicio nuptiarum, iam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est, sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum *ipso iure transferri,* ne mulier maneat indotata."

---

[237]) lex 2 § 5 D de donat. 39, 5 (Julian).

[238]) lex 9 § 1 D de iure dotium 23, 3 (Ulpian).

Ulpian lehnt also den ipso-iure-Erwerb ab, wenn der bedingt Übereignende vor Eintritt der Bedingung stirbt, macht aber die gewichtige Ausnahme, daß der Erbe verpflichtet sein soll, den Willen des Erblassers zu erfüllen und daher der Eigentumsübergang doch ipso iure erfolgen soll, wenn der Erbe die Erfüllung dieser Pflicht verschiebt oder abwesend ist. Diese Ausnahme steht offensichtlich im Widerspruch zu der vorher gegebenen Begründung *Ulpians,* daß der Erbe das Eigentum nicht gegen seinen Willen verlieren könne, läßt aber gerade deshalb klar das Streben erkennen[239]), die bedingte Übereignung — in Annäherung an die Auffassung *Julians* — möglichst von den Ereignissen während der Schwebezeit unbeeinflußt zu lassen.

Bei der Besprechung dieser beiden Digesten-Stellen nannte *Enneccerus*[240]) das „neue Prinzip", nämlich die Auffassung *Julians* von der bedingten Übereignung, bereits im Jahre 1889 „die höhere und freiere Auffassung" und gab der Erwartung Ausdruck, daß die „bedingte Tradition" anerkannt werde „als ein festes, vom Willen und Leben beider Parteien nicht mehr abhängiges und gleichwohl erst beim Eintritt der Bedingung den Eigentumsübergang bewirkendes Geschäft[241])". Diese Erwartung hat das Bürgerliche Gesetzbuch erfüllt, indem es in den §§ 158 ff. nicht die Entstehung des Rechtsgeschäftes, nicht die Willenseinigung der Parteien, sondern nur die Wirkung des Rechtsgeschäftes, also den Eigentumsübergang von der Bedingung abhängig machte. Trotzdem sind — wie diese Arbeit gezeigt hat — immer wieder Ansichten laut geworden, die mit dem „neuen Prinzip" in Widerspruch stehen und sich scheuen, aus den §§ 158 ff. BGB. und aus dem Unterschied zwischen dem Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft die notwendigen Konsequenzen für die bedingte Übereignung zu ziehen. Ich habe demgegenüber versucht, die Konsequenzen im einzelnen zu zeigen und die bedingte Übereignung gemäß § 158 BGB. in jedem Falle als ein gültiges Verfügungsgeschäft zu behandeln, dessen Wirkung nur noch vom Eintritt der Bedingung abhängig ist und folglich entsprechend der von *Enneccerus* schon zu Zeiten des gemeinen Rechts ausgesprochenen Erwartung unabhängig von dem „Willen und Leben beider Parteien" ipso iure eintritt, wenn die Bedingung eintritt.

---

[239]) Ebenso das vorhergehende „vereor".
[240]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, S. 481.
[241]) Ebenda, S. 482.

Lebenslauf.

Ich wurde am 22. Juli 1902 zu Hamburg geboren als Sohn des Hamburger Rechtsanwalts Dr. Alfred Siemers und Frau Martha Siemers, geb. Heinichen; ich bin evangelisch-lutherischer Konfession und besitze die hamburgische Staatsangehörigkeit.

Im Anschluß an die dreijährige Vorschulzeit besuchte ich die „Gelehrtenschule des Johanneums zu Hamburg" von Michaelis 1911 bis Michaelis 1920 und erhielt am 1. September 1920 das Zeugnis der Reife. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen (3 Semester), Marburg (1 Semester) und Hamburg (3 Semester) bestand ich am 28. Juni 1924 in Hamburg das erste juristische Examen (Referendar-Examen). Die Referendarzeit absolvierte ich an den Hamburger Gerichten und bestand am 16. März 1929 das zweite juristische Examen (Assessor-Examen). Am 23. April 1929 wurde ich von der Landesjustizverwaltung zu Hamburg als Rechtsanwalt bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht, dem Landgericht und dem Amtsgericht zu Hamburg zugelassen und ließ mich sodann als Rechtsanwalt in der väterlichen Anwaltsfirma Dres. Siemers, Zahn, Bollmann, Kiesselbach zu Hamburg nieder.

Am 22. Januar 1928 heiratete ich Fräulein Lotte Dieckhoff, Tochter des Reeders Prof. Hans Dieckhoff und Frau Martha Dieckhoff, geb. Albrecht.

Im Sommer 1929 studierte ich erneut in Marburg, um die Möglichkeit zu erhalten, in Marburg zu doktorieren. Im Herbst 1930 lebte ich mehrere Monate wiederum in Marburg, um meine Dissertation zu vollenden und das mündliche Doktor-Examen zu absolvieren. Ich bestand die mündliche Prüfung am 29. November 1930.

Es sei mir auch an dieser Stelle gestattet, Herrn Geheimen Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard für die Anregung und Förderung meiner Dissertation meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.